



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

MATHEUS MENDES NASARÉT

**A Insuficiência do Regime de Vícios Redibitórios no
Código Civil: uma Análise Comparada à Luz da CISG e do
Direito Civil Alemão**

Brasília
2017



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

MATHEUS MENDES NASARÉT

A Insuficiência do Regime de Vícios Redibitórios no Código Civil: uma Análise Comparada à Luz da CISG e do Direito Civil Alemão

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Elaborado sob a orientação do Prof. Dr. João Costa Neto.

Brasília
2017

MATHEUS MENDES NASARÉT

A Insuficiência do Regime de Vícios Redibitórios no Código Civil: uma Análise Comparada à Luz da CISG e do Direito Civil Alemão

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor João Costa Neto
Orientador – Universidade de Brasília

Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima
Membro da Banca – Universidade de Brasília

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira
Membro da Banca – Universidade de Brasília

Brasília
2017

AGRADECIMENTOS

Destino meus agradecimentos a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho. Não tendo sido poucos, o maior risco que assumo é o de não mencionar alguém importante. Esclareço, de início, que a ordem de apresentação não reflete a de importância, até porque, escrevendo estas palavras tal como dita o coração, não me preocupo com formalidades ou estilo.

Agradeço a meus pais, Moisés e Lourdes, por não terem poupado esforços em me assegurar educação, pela qual serei eternamente agradecido, e à minha família, na pessoa de meu irmão, Marcos, pelo afeto e amparo fundamentais para seguir caminhando.

Agradeço à Mariana, pelo amor e carinho, ambos de valor inestimável. Mais do que esteio emocional, foi meu guia seguro na idealização do texto e a crítica mais sincera. Para sempre e por tudo terá minha gratidão.

Agradeço aos meus amigos Carlos Alberto e Carlos Henrique. Àquele, pela criteriosa revisão, que muito contribuiu para fortalecer os argumentos e aclarar os pontos de vista. A este, pela companhia sempre presente de um bom humor e autoconfiança inabalável, que sempre me foram modelo. A ambos, pela amizade duradoura e fiel.

Finalmente, agradeço a todos que agregaram sabedoria e felicidade em minha experiência na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Em especial a João, cuja memória o tempo não fará apagar; ao professor João Costa Neto, orientador presente e atencioso; e aos professores Frederico Viegas e Paulo Burnier, por terem me mostrado, cada um a seu modo, a grandeza do Direito Privado.

RESUMO

A garantia legal de conformidade dos bens alienados constitui um dos pilares da disciplina jurídica do contrato de compra e venda. As regras que governam essa matéria no Direito Civil pátrio foram inspiradas em normas do Direito romano, concebidas no contexto de uma sociedade cuja economia era fortemente baseada na escravidão. De fato, a primeira formulação romana de uma garantia legal contundente foi concebida para assegurar a qualidade de escravos negociados nos mercados públicos. A partir do estudo do Direito Alemão e da CISG, este trabalho articulará uma crítica em três níveis da disciplina dos vícios redibitórios contida no Código Civil brasileiro: no nível dos direitos do comprador decorrentes da garantia (redibição e abatimento do preço), no dos períodos extintivos do direito de reclamar e no do direito de reparação de danos. Ao final, serão apresentadas propostas e perspectivas para a regulação da matéria, com vistas ao respectivo aprimoramento.

Palavras-chave: Vícios redibitórios; compra e venda; garantia legal de qualidade; disciplina jurídica deficiente; Direito Civil alemão; CISG.

ABSTRACT

Legal warranty of quality is a pillar stone of sales law. The rules that govern it in Brazil's legal system were inspired by the law of Ancient Rome, a society whose economy was strongly dependent on slavery. As a matter of fact, the first robust formulation of legal warranty was crafted by Roman jurists to guarantee the quality of slaves traded in the public market. This work articulates through comparative analysis of CISG and German law a critique of the current state of Brazilian Civil Code's legal warranty of quality regarding three main aspects: buyer remedies, extinctive periods and damages claim. In guise of conclusion, perspectives and proposals will be addressed in order to spark a discussion on the enhancement of Brazil's legal regulation of the matter.

Keywords: Legal warranty of quality; sales law; deficient regulation; German Civil law; CISG.

SUMÁRIO

Introdução	8
------------------	---

CAPÍTULO I

Seção I - Excurso histórico

1. <i>Caveat emptor</i>	10
2. Desenvolvidos anteriores às ações edilícias.....	11
3. <i>Actiones aediliciae</i>	12

Seção II - Breves Notas sobre a Garantia Legal de Qualidade no Direito Civil Brasileiro

1. A implementação problemática do modelo romano.. ..	16
1.1. O paradoxo do retorno ao <i>caveat emptor</i> : a diminuição dos períodos extintivos e a adoção do sistema objetivo de fixação do <i>dies a quo</i>	17
1.2. O paradigma da venda de bens específicos e a falta de lugar para medidas alternativas em favor do interesse do adquirente.....	18
2. O Código Civil de 2002.....	19
2.1. Defeitos ocultos retardados: a ambiguidade do artigo 445, §1º, do Código Civil.....	19
3. Distinções importantes.....	21
3.1. Da diferença entre erro e vícios redibitórios.....	22
3.1.1.A diferença ontológica entre erro e vícios: princípios e suportes fáticos distintos.....	24
3.2. Da diferença entre inadimplemento e vícios redibitórios.....	26

CAPÍTULO II

Seção I – A Reforma do Direito das Obrigações na Alemanha

1. Introdução.....	27
2. O Direito anterior	
2.1. O modelo da venda de bens específicos (<i>unascertained goods</i>).....	28
2.2. O anacronismo das formas romanas: tutela insuficiente e prazos extintivos curtos.....	29
3. A Reforma	
3.1. Objetivos e características.....	31
3.2. O conceito de vício da Reforma.....	35
3.3. Direito ao novo cumprimento (<i>supplementary performance</i>) como direito primário à execução específica da obrigação	
3.3.1. A dupla face do novo cumprimento: dever prestacional e direito à segunda chance do vendedor.....	
3.4. Direitos secundários do comprador.....	
3.4.1. Direito de declarar a rescisão do contrato e de redução do preço.....	
3.4.2. Direito de reparação de danos.....	
4. A alteração dos prazos extintivos.....	

Seção II – O projeto de Código Comercial e a aproximação com a disciplina da CISG

1. A CISG: breve história de um modelo a seguir.....	
1.1. O sistema de direitos do comprador no caso de desconformidade das mercadorias.....	
1.2. O conceito de violação essencial do contrato (<i>fundamental breach of contract</i>).....	
1.3. Conserto das mercadorias e direito de reparação dos danos.....	
2. O Projeto de Código Comercial do Senado (PLS nº 487/2013).....	

CAPÍTULO III

Propostas e perspectivas

1. Introdução.....
2. Modelo da regulação.....
3. Períodos extintivos.....
4. Reparação de danos.....

Considerações Finais.....

INTRODUÇÃO

A compra e venda é um dos principais instrumentos da cooperação humana e do desenvolvimento social e econômico. Um aspecto importante desse contrato é a garantia de que os objetos alienados sejam conformes às expectativas legítimas do adquirente. Nem sempre as partes a estipulam contratualmente, mas não é por isso que o direito deve fechar os olhos para os interesses do comprador, como já fez no passado por razões muito específicas.

Este trabalho consiste em um estudo da garantia legal de qualidade no Direito Civil brasileiro, denominada de garantia contra vícios redibitórios. O problema da pesquisa diz respeito às deficiências da conformação jurídica dessa garantia em nosso Direito positivo. Três aspectos centrais foram avaliados: a) a estrutura dos direitos do adquirente; b) o regime de períodos extintivos do direito de reclamar dos vícios; e c) o direito de reparação de danos.

No Capítulo I, foram examinadas as circunstâncias históricas de evolução da garantia de qualidade em Roma até o surgimento das ações edilícias (Seção I), com o objetivo de compreender as vicissitudes sociais e econômicas que determinaram a estrutura da garantia de qualidade que o Direito Comum medieval conservou e que os Códigos oitocentistas positivaram em seus respectivos sistemas. Na sequência, foram abordadas a incorporação desse modelo em nosso Direito Civil a partir de 1916 (Seção II), bem como as (pequenas) modificações introduzidas pelo Código de 2002.

No Capítulo II, foi realizado um estudo da garantia de qualidade do Direito Civil alemão antes e depois da Reforma do Direito das Obrigações de 2002 (Seção I). Por intermédio da Reforma foi internalizada a Diretiva EU nº 44/1999, diploma que impôs aos estados membros da União Europeia a adoção de um sistema de garantias baseado na Convenção de Viena sobre Contratos Internacionais de Compra e Venda de Mercadorias – CISG, sensivelmente diverso do modelo romano.

Na Seção II, foram descritos os principais aspectos da Convenção de Viena acerca do conceito de conformidade das mercadorias. Em seguida, foi realizado um cotejo entre os institutos da Convenção e o Projeto de Código Comercial em trâmite no Senado Federal, cuja formulação se baseou na

disciplina daquele tratado. A análise comparada em ambas as seções foi orientada, metodologicamente, pelo exame de três variáveis: a) o modelo da regulação (responsável por determinar a estrutura dos direitos do adquirente); b) os períodos extintivos; e c) o direito ao reparação dos danos.

No Capítulo III, o estudo da experiência alemã e da CISG empreendido anteriormente forneceu subsídios para pensar um modelo de garantia de qualidade que se considera mais adequado ao contexto social e econômico contemporâneo.

CAPÍTULO I

Seção I

Excursus histórico

1. *Caveat emptor*

No início, quem viesse a comprar animais, utensílios domésticos, armas, ferramentas, ou qualquer tipo de coisa deveria se certificar com segurança de que os objetos não possuíam defeitos. Cabia ao adquirente avaliar com muito cuidado se a mercadoria estava em bom estado, sem vícios que lhe reduzissem o valor ou que lhe afetassem a utilidade¹. A máxima latina *caveat emptor*² traduz esse estado de coisas.

O que ela pressupunha, segundo observa ZIMMERMANN, é a compra e venda realizada em um único instante: o comprador paga o preço e o vendedor transfere a propriedade do bem na mesma ocasião. O contrato de compra e venda de execução instantânea (*executed sale*) consistia na transação típica da sociedade agrária e pouco complexa no contexto da qual começou a se desenvolver o Direito romano³. Nessas circunstâncias, já que o comprador podia examinar a mercadoria, ele deveria fazê-lo com muita atenção:

The purchaser has the object of the sale “before his eyes” and it can therefore be expected of him to examine it properly before he concludes the bargain. After all: “*ius vigilantibus scriptum*”; as long as he can see what he buys and is able to satisfy himself of its quality, the Roman pater familias can be relied upon to look after his own interests and not, for instance, to pay the normal purchase price for a slave who is without one arm or leg.⁴

¹ZIMMERMANN, Reinhard. *Liability for non-conformity: The new system of remedies in German sales law and its historical context*. Irish Jurist, 2004, p.1. RABEL, Ernst. *Nature of Warranty of Quality*. Tul. L. Rev., v. 24, 1949, p. 274. Zimmermann e Rabel destacam outros ditos populares que traduzem essa compreensão acerca do risco assumido pelo comprador na compra e venda: *qui n’ouvre pas yeux doit ouvrir la bourse*, *Wer die Augen nicht auf tut der tue den Beutel auf*, *let the eye be the purchaser’s Chapman*.

² Em tradução livre, “acautele-se, comprador”.

³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Juta and Company Ltd., 1990, p. 306.

⁴ Ibid. p., 307.

Caveat emptor, explica o autor, é uma fórmula dura, porém adequada para as exigências do tráfico jurídico de uma pequena sociedade rural. Já que as vendas se perfaziam mediante contratos de execução instantânea, podendo o comprador examinar a qualidade da mercadoria posta diante de si, e considerando-se que é sempre difícil provar que o vício é anterior à transferência do bem, a ausência de uma garantia imposta pelo *ius civile* não era uma política desarrazoada.

O rigor do princípio, todavia, foi sendo gradualmente mitigado no curso de evolução do Direito romano. Com o incremento do comércio e da complexidade da vida social no Direito do Período Clássico, o contrato de execução diferida (*executory contract*) desenvolveu-se ao lado de outras importantes construções, como a noção de *bona fides* que caracterizava a *actio empti*⁵. Surgiu a necessidade de que novas ações fossem concebidas para salvaguardar a expectativa do comprador eventualmente quebrada com a existência de defeitos na coisa adquirida.

2. Desenvolvimentos anteriores às ações edilícias

O surgimento das ações edilícias em Roma, que tanto influenciaram o Direito da compra e venda dos países de tradição continental, foi resultado de um processo de lenta e gradual atenuação do princípio *caveat emptor*. Antes de entrar em vigor o famoso édito dos *aediles curules* no Período Clássico, foram concebidas algumas formas de garantir o interesse do comprador em relação a certos bens e a determinadas situações, como a *actio de modo agri*, a *actio empti* e a *actio ex stipulatu*.

No Direito romano do Período Arcaico, quem adquiria porção de terra mediante *mancipatio*, com a declaração formal do vendedor de que a propriedade tinha determinada área, possuía o direito de reclamar, por meio da *actio de modo agri*, a redução proporcional do preço caso o tamanho da terra fosse inferior ao declarado⁶. ZIMMERMANN ressalta que o vendedor, se contestasse a ação e viesse a ser condenado, sujeitava-se a pagar a

⁵ Ibid., p. 308.

⁶ Ibid., p. 308.

indenização em dobro, instituto denominado litiscrescência (*infitiando crescit in duplum*)⁷.

No Período Clássico, por volta do final da República, o comprador passou a ter acesso à *actio empti*, medida que tinha cabimento quando o vendedor procedesse de modo contrário à boa-fé. A propositura da ação tinha lugar em duas hipóteses: quando o vendedor ocultava de modo fraudulento um defeito (*dolus*) e quando assegurava ao comprador durante a negociação que o objeto encontrava-se livre de defeitos ou que possuía determinadas qualidades (*dicta in venditione*). Em ambos os casos, o comprador tinha direito à redução do preço e à reparação de eventuais prejuízos causados pelo objeto defeituoso ao seu patrimônio⁸.

Embora não houvesse uma garantia contra defeitos ocultos que decorresse do próprio *ius civile*, por vigorar a máxima *caveat emptor*, o comprador podia negociar com o vendedor uma *promissa*, isto é, uma estipulação formal no sentido de que o bem não continha defeitos ou de que possuía determinadas qualidades⁹. Caso o bem apresentasse vícios ou não tivesse as qualidades asseguradas, a medida processual disponível para o comprador cobrar o *quod interest* era a *actio ex stipulatu*¹⁰.

3. *Actiones aediliciae*

O mais influente desgaste ao *caveat emptor* em Roma, sustenta ZIMMERMANN, foi a promulgação de um édito dos edis curuis¹¹, magistrados que regulavam as transações nos mercados públicos. Tal édito destinava-se a regular a venda de escravos, principal transação do período, mas os *aediles* estenderam a regulação à venda de animais (*iumentia*). Conta o autor que os negociantes de escravos, chamados de *mangones*, eram vistos como pessoas de má-reputação, razão pela qual a venda de cativos vinha geralmente acompanhada de uma estipulação de garantia de qualidade¹²:

⁷ Ibid., p. 308.

⁸ Ibid., p. 309.

⁹ Ibid., p. 310.

¹⁰ Ibid., p. 310.

¹¹ Ibid., p. 311.

¹² Ibid., p. 311.

Warranties relating to the quality of slaves sold by way of stipulation seem to have been so common that the aediles curules felt called upon to regulate the matter comprehensively and to make certain remedies available in their edict.

Uma importante regra estabelecida pelos magistrados foi a que impunha ao vendedor um dever de informação no tocante à eventual existência de defeito oculto – *vitium* ou um *morbis* –, inclusive quanto a certos defeitos de caráter (e.g. *fugitivus*)¹³. *Vitium* dizia respeito a defeitos físicos, enquanto *morbis* se referia a doenças graves, que tivessem o condão de afetar a adequação do objeto da compra para o uso pretendido pelo comprador¹⁴. O édito previu três importantes medidas de que poderia se valer o comprador em caso de defeito: o *redhibendi iudicium*¹⁵, a *actio redhibitoria* e a *actio quanti minoris*.

A primeira delas é uma decorrência do já mencionado dever de informação. O comprador tinha o direito de exigir do negociante uma garantia expressa de que a coisa se encontrava livre dos defeitos que deveriam ter sido informados. Caso o vendedor se recusasse a prestá-la, o comprador poderia denunciar a venda no prazo de dois meses, independente do surgimento de defeitos, podendo ainda rescindi-la nos quatro meses seguintes a esse prazo caso algum vício houvesse aparecido. ZIMMERMANN caracteriza essa ação como uma *actio ex stipulatu* fictícia, pois o comprador “*could sue the vendor for what he would have been able to sue him for had the warranty been given*”¹⁶.

Mas as mais importantes criações dos *aediles* talvez tenham sido a *actio redhibitoria* e a *quanti minoris*. Pela primeira, o comprador, vindo a tomar conhecimento de algum defeito previsto no édito, ou percebendo que não possuía a qualidade especificamente garantida pelo vendedor, ou ainda descobrindo que o vendedor agira de modo fraudulento ao ocultá-lo, podia demandar a restituição do preço, com a devolução do cativo ou do animal¹⁷. O comprador não tinha uma pretensão de reparação dos danos com base no

¹³ Ibid., p. 314.

¹⁴ Ibid., p. 312.

¹⁵ Ibid., p. 316. Zimmermann observa que o *redhibendi iudicium* foi posto de lado ao longo do tempo, tendo prevalecido as ações redibitória e estimatória.

¹⁶ Ibid., p. 314.

¹⁷ Ibid., p. 317.

édito: a demanda indenizatória deveria ser veiculada por meio da *actio empti*, e pressupunha a *scientia* do vendedor quanto ao defeito¹⁸.

A responsabilidade sob o édito independia de culpa. Era uma fórmula balanceada: a responsabilidade era objetiva, mas não cabia reparação dos danos. A *actio redhibitoria* tinha um prazo de seis meses para ser proposta, os quais eram contados a partir do momento em que o defeito tenha se tornado aparente¹⁹. Já a *actio quanti minoris* permitia ao comprador, na presença de defeitos, um reembolso de parte do preço, e podia ser proposta no prazo de um ano²⁰.

Cabe observar que o paradigma adotado pelo édito para a regulação da responsabilidade do vendedor era o da venda de bens específicos (*unascertained goods*). É que o contrato de compra e venda dos romanos, a *emptio venditio*, além de tantas outras peculiaridades²¹, era ineficaz para a venda de coisas genéricas. Mas talvez mais relevante do que isso, o édito destinava-se a regular a venda de escravos e de animais: seres vivos que são, não é possível cogitar da respectiva venda a título genérico.

Apesar de todos esses desenvolvimentos, a percepção da literatura até meados do século passado era no sentido de que *caveat emptor* ainda prevalecia em grande medida no Direito romano do Período Clássico²², uma vez que as ações edilícias tinham âmbito de incidência limitado à venda de escravos e animais. ZIMMERMANN observa, contudo, que passou a ser aceito, com base em evidências encontradas na jurisprudência do Período Clássico, que a *actio empti* e a noção de *bona fides* a ela conexas permitiram a generalização da garantia contra defeitos ocultos à venda em geral.

A rigor, como visto no item anterior, a *actio empti* tinha lugar na hipótese de dolo do vendedor ou na de desconformidade do objeto no tocante a uma garantia expressamente concedida (*dicta in venditione*). Mas os jurisconsultos passaram a entender que o vendedor não precisaria prestar uma garantia específica de que o objeto é adequado para o uso, “*on the contrary, if he does*

¹⁸ Ibid., p. 323.

¹⁹ Ibid., p. 318. Nota-se que, tanto no Brasil quanto na Alemanha, houve um desvio do Direito romano nesse ponto. Nesses países, os prazos são contados a partir da tradição.

²⁰ Ibid., p. 318.

²¹ Como a regra segundo a qual o comprador suporta o risco de perecimento da coisa após a conclusão do contrato (*res perit emptoris*), ou a de que o contrato não gerava a obrigação de transferir a propriedade.

²² Ibid., p. 320.

*not want to be responsible for its defectiveness, he specifically has to exclude liability*²³. Essa inversão representou, segundo o jurista alemão, a recepção dos princípios contidos no édito – a responsabilidade do vendedor pelos defeitos ocultos independente de culpa – pelo *ius civile* como uma resposta do sistema jurídico ao incremento de complexidade da vida econômica de Roma:

[w]ith the growing complexity in Roman economic life, there was less and less justification to the simple and straightforward caveat emptor. It became standard practice to add an express warranty to sale transactions, even outside the Market place, and sooner or later this warranty was no longer perceived as a mere *accidentale*, but obtained the status of *naturale negotii*. [...] This warranty, implied by law, was based on a generalization of the aedilician remedies and was effected by means of a more refined interpretation of what was owed, in good faith, under the *actio empti*.²⁴

A respeito deste último desenvolvimento, ZIMMERMANN sugere que a solução óbvia para Justiniano e seus jurisconsultos, na elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, seria a abolição das ações edilícias e a recepção da *actio empti* na sua forma evoluída. Mas os juristas do oriente, fieis à tradição do édito, optaram por incorporar as respectivas ações, generalizando o escopo de aplicação, contudo, à compra e venda de qualquer bem²⁵.

Esta é, em linhas muito resumidas, a história do desenvolvimento da garantia de qualidade em Roma. Posteriormente, o *ius commune* da Europa Continental irá incorporar os principais resultados desse desenvolvimento: as ações edilícias e a *actio empti*, que coexistiram por centenas de anos, com inúmeras dificuldades de compatibilização²⁶. Na sequência, os Códigos do século XIX beberão na fonte do *ius commune* e trarão para seus sistemas, com algumas variações, o modelo contido no édito. Também o Código Civil de 2002, na esteira de seu antecessor, inspirou-se nos princípios edilícios.

²³ Ibid., p.320.

²⁴ Ibid., p. 321.

²⁵ Ibid., p. 322.

²⁶ Cf. ZIMMERMANN, Op. cit. 1990, p. 321.

Seção II

Breves Notas sobre a Garantia Legal de Qualidade no Direito Civil Brasileiro

1. A implementação problemática do modelo romano

O sistema das ações edilícias (*actio redhibitoria* e *actio quanti minoris*) continha as seguintes características: i) pressupunha a venda de bens específicos (*unascertained goods*) como modelo de regulação; ii) não contemplava uma pretensão de reparação dos danos; iii) previa períodos extintivos curtos (seis meses para a redibição e um ano para o abatimento do preço), contados a partir do conhecimento do vício; e, por fim, iv) beneficiava o adquirente com uma responsabilidade objetiva do alienante pelos defeitos ocultos.

O *Code Napoléon* e o *Bürgerliches Gesetzbuch*, duas grandes obras legislativas do século XIX que serviram de *template* para a codificação do Direito Civil ao redor do mundo, adotaram esse sistema, com algumas variações, nas seções destinadas à regulação da compra e venda. O Código Civil Brasileiro de 1916, que teve sua estrutura concebida por Clóvis Beviláqua – professor responsável pela cátedra de Legislação Comparada na Faculdade de Direito do Recife –, não desviou dessa tradição.

Os singelos artigos 1.101 a 1.106 do Código de 1916 estampavam os princípios do sistema concebido pelos magistrados romanos. As ações não se limitavam, todavia, à compra e venda, porquanto tiveram o escopo generalizado a todos os contratos comutativos. O Código previa a ação redibitória e a ação estimatória (artigos 1.101 e 1.105) nos casos de defeitos ocultos e estabelecia a responsabilidade objetiva do vendedor, ao dispor que a ignorância dos vícios não o exime de responsabilização (artigo 1.102).

No tocante à pretensão indenizatória das perdas e danos, o Código, ao restringi-la à hipótese de má-fé do vendedor (artigo 1.103), trazia uma reminiscência da *actio empti*, a qual possibilitava ao comprador, como visto, reclamar o *quod interest* nos casos em que a conduta do vendedor fosse

percebida como contrária à noção de *bona fides*, a exemplo da situação em que ele conhecia o vício (*dolus*).

1. 1. O paradoxo do retorno ao *caveat emptor*: a diminuição dos períodos extintivos e a adoção do sistema objetivo de fixação do *dies a quo*

Talvez o ponto mais crítico da recepção das ações edilícias pelo Código de 1916 consista nas alterações nos períodos extintivos: no caso de bens móveis, o prazo para propor a ação redibitória e estimatória era de 15 dias (artigo 178, § 2º); em se tratando de bens imóveis, o prazo era de seis meses (artigo 178, § 5º, inciso IV). Entretanto, mais importante do que a diminuição dos prazos, que já eram curtos em Roma, foi a adoção do *sistema objetivo* de determinação do marco inicial do período extintivo. Com isso, os prazos passaram a ser contados a partir da *tradição*.

Não seria de todo um exagero afirmar que tais mudanças traduzem-se em um esvaziamento da garantia legal de adequação dos objetos. Uma vez que a garantia se aplica apenas aos defeitos ocultos, que geralmente se revelam apenas após algum tempo após a venda, as chances de o prazo já ter decorrido no momento em que o comprador os descobrisse eram relativamente altas. Uma reminiscência do *caveat emptor* que relutava em assombrar o comprador submetido à lei brasileira.

Não deixa de ser um paradoxo que isso tenha acontecido. O surgimento das ações edilícias representou, em Roma, um ponto de inflexão no que diz respeito à primazia de que gozava a ausência de garantias que decorressem da lei (*caveat emptor*). Diversamente, a adoção do modelo no Brasil, desfigurado pelas sensíveis modificações no tocante ao lapso temporal e ao início de fluência do período extintivo, colocou o comprador em uma posição tão desvantajosa que era como se lei lhe dissesse em tom de ameaça: “tome cuidado e, se possível, negocie uma garantia”.

Percebendo essa injustiça, uma interessante jurisprudência se desenvolveu na vigência do Código de 1916, com o nítido propósito de contornar a exiguidade dos prazos: o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar,

na via extraordinária²⁷, uma ação redibitória da venda de um boi da raça “gir”, que veio a apresentar sintomas de brucelose, entendeu que o prazo decadencial de 15 dias tinha a natureza de uma *presunção relativa*.

Isto é, se o vício se revelasse durante o prazo legal, presumia-se que o defeito era preexistente à tradição; decorrido o prazo, ainda era possível a propositura da ação, desde que fosse demonstrada a impossibilidade de surgimento do defeito no período preclusivo. Trata-se, a rigor, de uma decisão *contra legem*, tomada com o objetivo de contornar a involução da garantia contra defeitos ocultos que o sistema brasileiro operou em relação ao modelo romano²⁸.

1. 2. O paradigma da venda de bens específicos e a falta de lugar para medidas alternativas em favor do interesse do adquirente

O sistema romano de garantias de qualidade somente atribui ao comprador os direitos de redibir o contrato e de reclamar a redução do preço. Esse modelo, embora arraigado na mentalidade jurídica continental, não é óbvio nem é a única alternativa viável para o Direito resolver o problema da entrega de um bem defeituoso. Ao contrário, trata-se de um sistema contingente, fortemente influenciado pelas vicissitudes históricas do contexto vital em que foi concebido.

Afinal, por que o adquirente não poderia demandar, caso fosse de seu interesse, o conserto da coisa, ou ainda a substituição por outra da mesma espécie e qualidade? Mais: e se o próprio vendedor tivesse interesse em consertar o bem ou em substituí-lo, pelo motivo de que isso representaria para ele um custo menor do que o desfazimento da venda?

O édito não previu essas possibilidades, e nem poderia fazê-lo, já que o paradigma de venda presumido por ele é o da transação de escravos e de animais. Tais seres eram vistos como bens específicos, que não poderiam ser

²⁷ STF, 2ª Turma, RE 76.233/GO, Rel. Min. THOMPSON FLORES, j. 28/09/1973, DJe 30.01.1973.

²⁸ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial. *Revista de Direito do Consumidor* nº 16, 1995.

substituídos por outros sem que isso representasse um novo negócio, além de não serem passíveis de terem seus defeitos simplesmente consertados.

É muito provável que o prestígio dos dois grandes Códigos oitocentistas – os Códigos Civis francês e alemão – tenha influenciado o codificador brasileiro. O modelo contido nessas legislações era, afinal, o estado da arte da garantia legal de qualidade no Direito Comparado. Seria pouco provável que os autores de nosso primeiro Código Civil concebessem ideias inéditas para garantir o interesse do comprador na conformidade dos bens adquiridos.

2. O Código Civil de 2002

A nova Codificação pouco inovou em relação ao sistema anterior. Conservou a responsabilidade objetiva do vendedor e preservou a limitação da pretensão indenizatória aos casos de má-fé do alienante (artigo 443). O Código também manteve o modelo da venda de bens específicos, uma vez que pôs à disposição do comprador apenas as ações redibitória e estimatória (artigos 441 e 442),

É bastante curioso, a propósito, o fato de que o Código Civil não tenha dialogado com a inovação concebida pelo Código de Defesa do Consumidor. A legislação consumerista, promulgada uma década antes do Código Civil, partiu da premissa da venda de coisa não específica, ou facilmente substituível por outra da mesma espécie, ao disciplinar a garantia de qualidade, modelo que, conforme se sustentará, se afigura mais adequado à realidade contemporânea do tráfico de bens.

2. 1. Defeitos ocultos retardados: a ambiguidade do artigo 445, § 1º, do Código Civil

O legislador de 2002 promoveu apenas quatro alterações em relação ao regime anterior, todas referentes a prazos²⁹. A principal delas foi a adoção do

²⁹ Além disso, i) dobrou o prazo extintivo de 15 para 30 dias no caso de bens móveis, e de seis meses para um ano, em se tratando de bens imóveis (artigo 445, *caput*); ii) em relação à venda de animais, fez referência à lei especial ou aos usos locais no tocante à regulação dos prazos (artigo 445, § 2º); e iii) introduziu uma causa de suspensão da decadência nos casos em que

sistema subjetivo de contagem do prazo no caso de defeitos que, pela própria natureza, só possam ser conhecidos mais tarde (artigo 445, § 1º). Em relação a esses casos, o prazo é contado a partir do momento da *ciência* pelo comprador. Mas, afinal, o fato de o defeito só aparecer mais tarde não seria elemento comum a todo vício oculto?

O § 1º do artigo 445 se refere a uma hipótese particular de defeitos ocultos. Trata-se dos vícios cuja revelação é impossível no prazo comum da lei, devido a circunstâncias específicas do objeto. É o caso, por exemplo, da compra de um bezerro para reprodução: o fato de o animal ser estéril só poderá ser conhecido quando alcançada a idade reprodutiva. Embora anuncie um avanço, o dispositivo apresenta uma ambiguidade em sua redação. Confira-se:

Artigo 445: § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

A primeira possibilidade de interpretação indica que o adquirente tem o prazo de 180 dias para promover a ação, sendo o marco inicial o momento em que tomou conhecimento do vício. Essa interpretação aproximaria o modelo de decadência da ação redibitória nesse caso ao presente no Código de Defesa do Consumidor (artigo 23, § 3º), de acordo com o qual o prazo para reclamar do defeito começa a fluir a partir do momento em que este ficar *evidenciado*.

Essa interpretação representaria um avanço no que diz respeito ao problema da exiguidade dos prazos e seria um passo importante para sublimar o princípio *caveat emptor* do Direito Civil brasileiro. Mas ficaria em aberto a questão de saber *por quanto tempo* o vendedor se responsabilizaria pelo defeito, uma vez que o comprador pode vir a descobrir uma desconformidade apenas vários anos após a aquisição.

Já a segunda interpretação diz que, na hipótese de o defeito só poder ser conhecido mais tarde, o adquirente tem os prazos do *caput* (30 dias para coisas móveis e um ano para imóveis) para propor a ação, contados a partir da ciência do vício, a qual deverá ocorrer até o prazo máximo de 180 dias para

houver uma garantia contratual. O aumento dos prazos revela a insatisfação sentida pelo legislador com a exiguidade dos períodos extintivos do Direito anterior.

que o vendedor possa ser responsabilizado. Trata-se da combinação do sistema subjetivo com o objetivo: a pretensão se submete a um primeiro prazo que começa a fluir a partir do *conhecimento* e a um segundo que se inicia a partir da *tradição*. Essa orientação foi acolhida pelo Enunciado nº 174 das Jornadas de Direito Civil/CJF³⁰.

Em favor deste entendimento, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA sustentava que “admitir-se que por interpretação se chegue ao mesmo resultado no âmbito de relações paritárias, importa atribuir ao alienante responsabilidade por tempo indeterminado”³¹. No Direito do Consumidor, contudo, o fato de se aplicar o critério subjetivo para a contagem do prazo extintivo não significa que o fornecedor se responsabiliza por tempo indeterminado; naquele ramo do Direito, a doutrina tratou de formular um critério para limitar a responsabilidade do vendedor: a vida útil do bem³².

Assim, o prazo de garantia será igual ao período de tempo em relação ao qual se espera que o produto tenha utilidade, a ser determinado de modo casuístico pelo juiz, com a ajuda do perito. A aplicação deste critério às relações paritárias, contudo, não seria ideal, uma vez que comprometeria a segurança jurídica e a previsibilidade, fatores tão relevantes para os agentes econômicos. No entanto, parece ser uma alternativa superior à interpretação dominante, a qual não contribui em nada para potencializar a esquilada garantia de qualidade do Código Civil.

3. Distinções importantes

Até aqui, apresentou-se um recorte histórico acerca das ações edilícias com os objetivos de entender a gênese da garantia de qualidade em Roma e de examinar criticamente as transformações pelas quais o instituto passou com a incorporação nos Códigos Civis brasileiros. Ao desenvolver esses pontos, foi visto que a garantia de qualidade implica uma responsabilidade objetiva do

³⁰ Enunciado nº 174/CJF: Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do *caput* do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no § 1º, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil atual*. Caitlin Mullholland, 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 113.

³² BESSA, Leonardo Roscoe e MOURA, Walter José Faiad de, *Manual de Direito do Consumidor*, coordenação de Juliana Pereira da Silva, 4ª ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014, p. 135.

vendedor pelo aparecimento de defeitos durante um curto período de tempo após a entrega do bem.

Do ponto de vista jurídico-dogmático, essa responsabilidade é muito semelhante à responsabilidade do devedor pelo inadimplemento da obrigação, mas com ela não se confunde. Extremá-las à luz do direito positivo vigente é, em termos metodológicos, essencial para este trabalho, uma vez que, dentre as perspectivas a serem exploradas mais adiante (Capítulo III), está a proposta de aproximação dos institutos, a ser efetivada por meio de uma reforma do Código Civil.

Outra distinção importante é a existente entre vícios redibitórios e o erro, uma das formas de vício de consentimento. Três razões justificam abordar essa diferença: i) a jurisprudência dos Tribunais brasileiros é insegura a esse respeito, haja vista a existência de decisões que toleram a concorrência entre as demandas anulatória e redibitória³³; ii) os institutos são ontologicamente distintos, por terem princípios e suportes fáticos diversos; iii) os prazos para promover a ação anulatória fundada em erro são diferentes dos prazos para demandar a redibição de um contrato comutativo³⁴.

3. 1. Da Diferença entre Erro e Vícios Redibitórios

ERNST RABEL, influente jurista austríaco radicado nos Estados Unidos da América, em artigo publicado na década de 1950, intitulado *The Nature of Warranty*, refuta em termos peremptórios qualquer teoria que busque a aproximação entre erro e vício redibitório com base em um argumento de natureza processual: “*the seller has the burden of proof as to the knowledge of the buyer, while annulment for mistake requires proof of the error by the*

³³ Veja-se como essa confusão ocorreu na prática. Uma fabricante de calçados vendeu um lote de sapatos para determinada empresa atuante no segmento varejista. Os primeiros seis calçados revendidos apresentaram defeitos consistentes na quebra do salto, o que motivou a devolução do produto pelos consumidores. A comerciante suspendeu a venda dos demais pares e moveu demanda contra a fabricante, postulando a anulação do contrato por vício de consentimento. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em grau de recurso, concordou com os argumentos da demandante, assentando que “[a] existência de vício de consentimento não exclui a existência de vício redibitório e vice-versa, ambos podem existir simultaneamente”. O STJ, ao julgar o caso, salientou que as adquirentes “não incorreram em erro substancial, pois receberam exatamente aquilo que pretendiam comprar”. Cf. STJ, 3ª Turma, REsp. 991.317/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 03.12.2009, DJe 18.12.2009.

³⁴ O prazo decadencial condicionante da propositura da ação anulatória por erro é de quatro anos, contado do dia em que realizado o negócio jurídico (artigo 178, inciso II, do Código Civil).

plaintiff". É possível ir mais além e insistir em uma diferença entre os institutos no nível ontológico.

Mas antes de explorar essa distinção, cabe apresentar, em primeiro lugar, uma hipótese explicativa para a confusão que se tem feito entre os institutos, consistente na má compreensão de um desenvolvimento muito peculiar do *ius commune* que influenciou o conceito de vícios redibitórios do Código Civil Francês e, conseqüentemente, de grande parte do Direito Civil dos países de tradição continental. Assim dispõe o artigo 1.641 do Código Civil francês:

Article 1.641: Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, *s'il les avait connus*. (grifei).

A expressão "*s'il les avait connus*" parece tornar o vício redibitório um fato psicológico. Assim conceituado, o vício redibitório muito se aproxima do erro quanto à qualidade essencial do objeto do negócio jurídico: a ideia de "falta de conhecimento" quanto ao defeito seria análoga à ignorância do figurante do negócio jurídico quanto à qualidade essencial do respectivo objeto.

Mas a expressão "se o adquirente os conhecesse" foi concebida com um objetivo muito particular pelos juristas do Direito Comum medieval. Naquele Direito, o comprador tinha acesso a três ações em casos de defeitos: a *actio empti*, a *actio redhibitoria* e a *actio quanti minoris*. Com base na compreensão de que a redibição é uma medida muito dura, essa expressão foi pensada como uma fórmula de proporcionalidade para embasar o cabimento do desfazimento da venda.

Havia duas correntes quanto ao âmbito de aplicação da ação redibitória: i) uma defendia a viabilidade plena de qualquer das ações na presença de vícios³⁵; ii) outra sustentava uma restrição quanto à escolha do comprador, com base na razão segundo a qual "*redhibition of the whole contract is a fairly drastic step*", podendo ser efetuada pelo comprador apenas "*if he would not have bought the object had he known about the defect.*"³⁶. Isto é, estaria

³⁵ ZIMMERMANN, 1990, Op. cit, p. 325. Cita: "*Est vero in electione emptoris, an velit redhibitoria, an vero quanti minoris agere*".

³⁶ Ibid., p. 325.

disponível apenas a *actio quanti minoris* caso o defeito não fosse grave a ponto de se fazer presumir que o comprador, mesmo tendo ciência dele, compraria a coisa.

3. 1. 1. A diferença ontológica entre erro e vícios: princípios e suportes fáticos distintos

É dito, em doutrina, que erro consiste em vício de consentimento e, portanto, em defeito que recai sobre a *vontade* do figurante do negócio jurídico. O erro deve ser substancial, no sentido de que se ele não existisse, o negócio não se realizaria. O defeito pode dizer respeito à natureza do negócio (*error in ipso negotio*), ao objeto principal da declaração (*error in corpore rei*) e às qualidades essenciais do objeto principal da declaração (*error in substantia*)³⁷, sendo esta a modalidade que mais facilmente se confunde com os vícios redibitórios.

No famoso exemplo de Pothier, ilustra-se de forma clara o vício de vontade do adquirente quando descobre que os candelabros comprados são, na verdade, de cobre prateado (*error in substantia*), e não de prata. A vontade manifestada pelo adquirente, quando vai ao encontro daquela exprimida pelo alienante, rumo ao consentimento, não se adere a esta de modo perfeito, formando consentimento viciado. Esta situação difere da aquisição de um candelabro de prata que, após a tradição, tem a base descolada da haste, por defeito de fabricação.

É evidente que caso o comprador soubesse do defeito de fabricação, não teria concluído a compra, mas nem por isso se está diante de erro. O conceito de vício redibitório independe da psicologia do adquirente: trata-se de defeito que recai sobre a própria coisa, diminuindo-lhe a utilidade ou o valor. Nesse sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA vai encontrar o fundamento do vício redibitório no *princípio da garantia*, buscando afastar da caracterização do instituto fatores de ordem psicológica ou moral³⁸.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, parte geral*, V. 1, 42ª Edição, atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236.

³⁸ PEREIRA, 2015, Op. cit., p. 107.

Quando promete transferir a propriedade de coisa móvel ou imóvel, o alienante se vincula a entregar o bem ao adquirente; por força de lei, também *garante* a qualidade da coisa objeto da prestação. O princípio que justifica a garantia do interesse do adquirente é o que decorre da necessidade de garantir o bom estado e a utilidade da coisa, assegurando-se a equivalência das prestações e, dessa forma, o próprio equilíbrio contratual.

Diferente é o princípio que fundamenta a proteção do figurante do negócio jurídico viciado por erro ou ignorância. Nesse caso, a ordem jurídica, tendo como princípio fundamental a garantia da autonomia privada, confere eficácia jurídica às manifestações de vontade, *i.e.* assegura plena executividade (*enforcement*) às promessas lícitas realizadas por pessoas capazes.

No entanto, a mesma eficácia não deve ser atribuída à manifestação de vontade defeituosa, emitida por pessoa que ignorava a realidade ou que não a representava bem, desde que tal estado seja objetivamente escusável e, de acordo com o Código de 2002, cognoscível pelo outro figurante do negócio³⁹. Obrigar quem se encontra nessa situação a cumprir a promessa que fez equivaleria, em última análise, a obrigar *contra* a vontade, e não *com base* nela.

3. 2. Da Diferença entre Inadimplemento e Vícios Redibitórios

Outra distinção importante diz respeito à responsabilidade pelo inadimplemento e a responsabilidade por vício oculto. A existência de defeitos no bem objeto da prestação a cargo do vendedor pode ser verificada em dois momentos distintos: antes (vícios aparentes) ou depois do cumprimento da obrigação (vícios ocultos). Quando o alienante põe à disposição do adquirente a coisa, e este identifica defeitos que comprometam a utilidade ou diminuam o valor do bem, não será obrigado a recebê-la, porque estará diante de um *incumprimento ruim*, que é o mesmo que inadimplemento.

³⁹ Dispõe o artigo 138 do Código Civil: *Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.* Pela redação, parece ter sido suprimido o requisito da escusabilidade, sendo substituído pelo da cognoscibilidade. Há uma discussão a esse respeito na doutrina.

De outro lado, quando os defeitos são verificados apenas após a entrega, não haverá inadimplemento. O devedor realizou a prestação a que estava vinculado, isto é, efetivou a entrega de um bem de sua propriedade ao credor. No primeiro caso, o credor poderá recusar o bem, exigir o cumprimento forçado da obrigação e reclamar as perdas e danos, ou ainda demandar a resolução do contrato (artigo 475 do Código Civil).

Na segunda situação, o adquirente poderá se valer apenas das ações edilícias, condicionadas a curtos prazos de propositura e pouco efetivas no que diz respeito à reparação integral do interesse, considerada a limitação da pretensão indenizatória à má-fé do alienante. Veja-se o que diz PONTES DE MIRANDA a respeito dessa relevante distinção:

Se o bem específico ou a coisa certa tem vícios do objeto [...] que lhe retiram ou lhe diminuem o valor ou a utilidade do seu emprego ordinário, ou do que se lhe previu no negócio jurídico, há inadimplemento ou adimplemento ruim. Antes do ato de prestação, pode o credor alegar que não está de conformidade com o devido. Depois do ato de prestação, há o vício redibitório, que tanto permite que se peça a redibição, como a diminuição do que foi, ou há de ser contraprestado.⁴⁰

Em termos de Direito Positivo, essa distinção faz sentido, haja vista a diferença dos regimes que regulam cada uma das situações. Mas há de se questionar se esse tratamento é o melhor a ser dado a questão; isto é, será que o Direito não poderia ser *melhor* se essa diferença fosse abolida e os casos de entrega de um bem defeituoso fossem vistos como inadimplemento da obrigação? Esta questão será desenvolvida no próximo Capítulo através do estudo da Reforma do Direito das Obrigações na Alemanha (Seção I) e do exame da disciplina constante da CISG (Seção II).

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado, Tomo 37*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 148.

CAPÍTULO II

Seção I

A Reforma do Direito das Obrigações na Alemanha

1. Introdução

O Direito Civil alemão adotou, na versão original do BGB, assim como a grande maioria dos países de tradição jurídica continental, o sistema de garantia de qualidade das ações edilícias. Em vista da necessidade de adequar o direito nacional ao comunitário, no tocante à proteção aos direitos do consumidor, aprovou-se em 2001 a Lei de Modernização do Direito das Obrigações (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), que reformou inteiramente essa parte do Código Civil alemão, inclusive no que diz respeito à garantia contra defeitos ocultos, sendo considerada por alguns como a mais importante e abrangente modificação desde sua entrada em vigor⁴¹.

Mas o processo de reforma começou algum tempo antes. Foi convocada pelo então Ministro da Justiça Hans-Jochen Vogel em 1978 e efetivamente instalada em 1984 uma comissão para a revisão do Direito das Obrigações, cujos trabalhos se basearam na disciplina constante da Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG⁴², resultando em uma proposta publicada em 1992⁴³. Na década de 1990, vieram à baila três Diretivas Europeias sobre temas de Direito Privado, uma das quais versava, entre outros aspectos, a proteção dos direitos do consumidor.

Segundo destaca CARL FRIEDRICH NORDMEIER, havia duas possíveis soluções para a internalização de ditos diplomas: uma “solução pequena” (*kleine Lösung*), consistente na criação de leis especiais, e uma “solução grande” (*große Lösung*), consubstanciada na combinação das normas do direito comunitário ao projeto de reforma já elaborado. Esta solução acabou por

⁴¹ NORDMEIER, Carl Friedrich. *O Novo Direito das Obrigações no Código Civil Alemão-A Reforma de 2002. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS* 1, 2007.

⁴² Ibid., p. 206.

⁴³ The New German Law of Obligations: an Introduction. Hans Schulte-Nölke. Disponível em: <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>>. Acessado em 9 de outubro de 2017.

ser adotada⁴⁴, e só foi possível porque tanto o projeto concluído em 1992 como a Diretiva Europeia sobre Direito dos Consumidores (Diretiva EU 44/1999) tiveram como base de inspiração institutos da CISG⁴⁵.

A Reforma reestruturou três áreas do Direito Civil naquele país: prescrição, inadimplemento e alguns aspectos importantes sobre contratos de compra e venda e de prestação de serviços⁴⁶. Para os fins deste trabalho, importam as modificações às regras relativas à garantia de qualidade, tema pertencente à disciplina jurídica do contrato de compra e venda. A seguir, serão brevemente examinados o sistema de responsabilidade anterior à reforma e, na sequência, as modificações introduzidas.

2. O Direito anterior

2.1 O modelo da venda de bens específicos (*unascertained goods*)

A característica básica do sistema de responsabilidade por vícios anteriormente à Reforma é comum a todos os países que beberam na fonte do Direito romano, isto é, a venda de bens específicos como modelo de regulação. Isso significava, na prática, a impossibilidade lógica e conceitual de municiar o comprador com um direito de exigir a execução específica do contrato na forma da entrega de outro bem livre de defeitos⁴⁷.

Não obstante, seria plenamente plausível que o vendedor possuísse um direito de consertar o bem. Segundo relata ZIMMERMANN, a Segunda Comissão incumbida de elaborar o projeto do BGB até considerou garantir ao vendedor esse direito, mas afastou a possibilidade por receio de que essa conformação conduzisse a dificuldades e problemas de aplicação⁴⁸.

⁴⁴ NORMEIER, 2007, Op. Cit. p. 207. Segundo o autor, a primeira solução traria o inconveniente da pluralidade de fontes do Direito das Obrigações, como o Código Comercial, o Código Civil e as Leis Especiais porventura editadas para levar a cabo a internalização, com o risco de trazer incoerências para o sistema.

⁴⁵ The New German Law of Obligations: an Introduction. Hans Schulte-Nölke. Disponível em: <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>>. Acessado em 9 de outubro de 2017.

⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. *Revista de Direito Comparado*, nº 25, 2004.

⁴⁷ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 13.

⁴⁸ Ibid., p. 12.

Já o direito do comprador de exigir o conserto sequer foi aventado. Esses fatos revelariam, na concepção do autor, a prevalência da mentalidade jurídica romanística; afinal, “*the aedilitian remedies had originally been tailored for slaves and cattle, i.e. for objects with regard to which a corporeal defect or a defect of character could not normally be easily removed by the seller*”⁴⁹. Na sequência, serão apresentadas algumas dificuldades práticas decorrentes da incorporação do modelo romano de garantia de qualidade.

2. 2. O anacronismo das formas romanas: tutela insuficiente e prazos extintivos curtos

ZIMMERMANN identifica três dificuldades que surgiram em virtude dessa regulação fortemente inspirada no Direito romano: i) a inadequação do modelo de regulação, consistente na venda de bem específico; ii) as limitações da pretensão reparatória dos danos; e iii) a exiguidade dos períodos extintivos. Esses três problemas também se fazem sentir no Brasil, haja vista a considerável similitude das regras atinentes aos vícios redibitórios em relação à disciplina do BGB anterior à Reforma.

No que diz respeito ao paradigma da venda de bens específicos, o principal problema diz respeito à desvantagem da situação jurídica do vendedor em comparação à do comprador. Na presença de defeitos, o comprador tinha o poderoso direito de demandar a redibição do contrato; o devedor, de outro lado, não podia providenciar o conserto do bem – o que poderia ser feito a um custo muito menor do que o desfazimento da venda – ou a substituição por outro livre de vícios⁵⁰.

Era frequente, observa o jurista, que o comprador se utilizasse da ação redibitória como uma indesejável janela de oportunidade para desfazer o contrato em razão de ter se arrependido da compra. Em virtude dessa situação, os vendedores passaram a incluir nos contratos um direito de realizar novo cumprimento (*right to supplementary performance*), ao mesmo tempo, todavia,

⁴⁹ Ibid., p. 13.

⁵⁰ Ibid., p. 14.

em que afastavam a garantia da ação redibitória e atribuíam as despesas com o conserto ao comprador⁵¹.

Outra insuficiência diz respeito ao direito do comprador de reclamar indenização por prejuízos. Uma demanda de reparação tinha lugar apenas se uma qualidade expressamente prometida tivesse se revelado inexistente ou caso o vendedor houvesse ocultado de modo fraudulento o defeito (§ 463 BGB, versão antiga). Trata-se de provisão semelhante ao artigo 443 do Código Civil brasileiro, tendo em vista que ambos compreendem uma reminiscência da antiga *actio empti*.

Não se encontrava no texto do Código Civil alemão um direito à reparação em caso de simples culpa do alienante. Em determinados casos, ZIMMERMANN ressalta que os Tribunais contornavam essa limitação com o emprego da doutrina da violação positiva do contrato quando o vendedor houvesse descumprido um dever acessório (*ancillary duty*) e o defeito da coisa tivesse causado dano ao comprador (*consequential loss*).

Por fim, o Direito anterior previa os prazos extintivos de seis meses para bens móveis e de um ano para imóveis, de modo fiel à tradição do Direito romano. No Direito alemão, entretanto, os prazos eram contados segundo o sistema objetivo, isto é, a partir da tradição do bem (§ 477, versão antiga). A exiguidade dos prazos foi percebida como solução injusta pela doutrina, uma vez que frequentemente o comprador sequer poderia ter tido a chance de verificar o defeito dentro do período⁵².

ZIMMERMANN aponta duas razões para a adoção da política de prazos curtos pelo BGB: i) a dificuldade em se determinar se os defeitos eram preexistentes – ou seja, se o bem era defeituoso antes mesmo da entrega –; e ii) o interesse do vendedor em fechar a contabilidade da transação o mais rápido possível. A primeira razão, observa o jurista, poderia ser objetada pelo fato de que o ônus da prova quanto à preexistência dos defeitos cabe ao comprador; a segunda, com base na consideração de que todo devedor, afinal, tem o interesse em fechar os livros o quanto antes⁵³.

⁵¹ Ibid., p. 14.

⁵² ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 16.

⁵³ Ibid., p. 16.

3. A Reforma

3. 1. Objetivos e características

A Reforma levada a cabo pela Lei de Modernização do Direito das Obrigações pode ser sintetizada, como faz HANS SCHULTE-NÖLKE, no objetivo de impor “maior pressão no devedor a cumprir a obrigação e de aumentar o risco de ser responsabilizado pelas perdas causadas pelo inadimplemento”⁵⁴. A reforma, por exemplo, promoveu o aumento dos prazos para reclamar de defeitos existentes no objeto da venda para 2 anos (§ 438, 1, no. 3, BGB) e instituiu a fusão dos regimes de responsabilidade por defeitos e por inadimplemento na noção de *violação de dever* (§ 433 (1) BGB), com o aumento do risco do vendedor em se ver responsabilizado a reparar danos.

ZIMMERMANN também acredita que a Reforma, na esteira da CISG e da Diretiva da União Europeia 44/1999, no que diz respeito às garantias de qualidade, teve como objetivo reforçar o princípio *pacta sunt servanda*⁵⁵. Isso porque o comprador só poderá declarar rescindido o contrato, em regra, quando conceder ao vendedor um prazo adicional para sanar o vício ou entregar ao comprador outro bem livre de defeitos, nos termos do § 437, 2, combinado com o § 323, 1, BGB⁵⁶. Essa regra impede que o adquirente se utilize do direito de rescindir o contrato de modo arbitrário, vedando, por exemplo, que a avença seja desfeita apenas porque o comprador se arrependeu.

A par desse objetivo, o jurista ressalta que a reforma possui duas importantes características: i) a implementação da Diretiva EU 45/1999 foi *extensiva*, isto é, não se limitou aos direitos dos consumidores, na medida em

⁵⁴ The New German Law of Obligations: an Introduction. Hans Schulte-Nölke. Disponível em: <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>>. Acessado em 9 de outubro de 2017.

⁵⁵ ZIMMERMANN, 2004, op. cit., p. 29: “The new system of remedies – introduced by CISG, by the Consumer Sales Directive, and incorporated in the new German law of sale, all in structurally similar ways – reflects a desire to strengthen the principle of *pacta sunt servanda* by keeping the contract going as long as is reasonably possible”.

⁵⁶ § 437 If the thing is defective, the buyer may, provided the requirements of the following provisions are met and unless otherwise specified: (2) revoke the agreement under sections 440, 323 and 326 (5) or reduce the purchase price under section 441.

§ 323 (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.

que as novas regras abarcam todos os contratos de compra e venda, inclusive empresariais; e ii) a integração parcial entre o regime de responsabilidade pelo inadimplemento e o da responsabilidade por defeitos de qualidade. Nesse sentido:

Thus, via CISG, the modern approach to non-performance has become an important part of German sales law. [...] [O]ne of the main features that characterise the reform of German sales law is a determined effort to extend the requirement of the Directive to all types of sale, including commercial sales. The second characteristic trait of the reform is the attempt to integrate liability for latent defects, as far as possible, into the general regime governing breach of contract under revised German law of obligations, which, in turn, has also largely followed the lead provided by CISG.⁵⁷

A aproximação entre os regimes da garantia legal de qualidade e da responsabilidade por inadimplemento foi influenciada pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) tanto no que diz respeito à Diretiva EU 44/1999 quanto à Reforma. A ideia de unificação dos regimes remonta pelo menos à Lei Uniforme sobre Venda Internacional de Mercadorias (1964), predecessora da Convenção de Viena. Trata-se de proposta defendida pelo jurista Ernst Rabel⁵⁸, acadêmico preocupado com unificação do Direito Privado, especialmente no tocante à compra e venda internacional de mercadorias.

Mas o que possibilita, do ponto de vista da estrutura da responsabilidade, a unificação de tais regimes e a consequente ruptura com a tradição do Direito romano? O sistema romano das ações edilícias tinha como modelo de partida a *venda de bens específicos*, de modo que fazia sentido, historicamente, que a posição jurídica do comprador não abrangesse o direito de exigir a execução específica do contrato (na forma da substituição do bem por outro livre de defeitos), porque tal pretensão não seria logicamente possível de se concretizar; por outro lado, o direito de exigir o conserto do bem objeto do contrato tampouco faria sentido no contexto das ações edilícias clássicas.

Era justificável, em Roma, a separação entre os regimes. Começa a ser difícil defender a diferença de estrutura entre eles quando as ações edilícias passam a ter seu escopo generalizado a todo tipo de bem, o que ocorreu

⁵⁷ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 20.

⁵⁸ RABEL *apud* ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p.19.

quando incorporadas à Codificação de Justiniano⁵⁹. Mas tal distinção acaba por se tornar insustentável com o incremento da complexidade social e, particularmente, das relações econômicas.

A tutela das ações edilícias passa a ser insuficiente quando a regra das transações de bens passa a ser a negociação de produtos que são facilmente consertáveis ou substituíveis por outros da mesma espécie e qualidade. Basta pensar que, pelo menos desde a Primeira Revolução Industrial, tem início a produção em massa de produtos idênticos entre si, processo que ganhou ainda mais em escala com as linhas de produção do Fordismo.

Nesse sentido, a percepção de que os bens mais frequentemente comercializados são, na verdade, facilmente substituíveis por outros da mesma está na base da formulação da CISG, da Diretiva 44/1999 e na Reforma do Direito Civil alemão. É curioso o fato, observado por ZIMMERMANN, de ter demorado tanto tempo para que os juristas percebessem que *“what was appropriate for the sale of slaves and cattle on an open market did not represent the ideal solution for commercial sales in the industrial era”*. A entrega de um bem defeituoso, segundo o novo modelo, constitui caso de inadimplemento:

The decisive insight triggering this change was based on a simple observation: modern commercial life is dominated by the sale of unascertained goods. This must be reflected in the rules of modern sales law. If the object of the sale has been described merely in terms of kind or class, then the delivery of a defective individual species of this kind or class is a straightforward case of non-performance.⁶⁰

Embora o modelo de regulação não seja mais o de bens específicos, as garantias de qualidade continuam se aplicando a essa espécie de bens, inclusive no que diz respeito ao direito do comprador de exigir o conserto do bem⁶¹, nos termos do § 439, 1, BGB. Cabe apenas ressaltar que a substituição da coisa por outra livre de defeitos não é possível, em razão do caráter

⁵⁹ ZIMMERMANN, 1990, Op. Cit., p. 322.

⁶⁰ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 46.

⁶¹ Ibid., p. 24: *“In this situation, specific performance can now take one of two forms: this is imaginable only with regard to the sale of unascertained objects; or he [the buyer] may ask for removal of the defect, a right that applies both to the sale of specific object and to unascertained goods”*.

individual e infungível do bem, sendo o caso de impossibilidade fática (§ 275, 1, BGB)⁶².

Sumarizando, pode-se dizer que os objetivos da reforma são os seguintes: i) o aumento da pressão sobre o devedor para que cumpra com sua obrigação; e ii) o reforço ao princípio *pacta sunt servanda*. As características são: i) a adoção do modelo de regulação de bens não específicos (*unascertained goods*) para a disciplina da garantia de qualidade; ii) a adoção extensiva da técnica da Diretiva EU 44/1999 a todo tipo de comprador, inclusive empresarial; e iii) a integração parcial entre os regimes do incumprimento e da garantia legal de qualidade.

3. 2. O conceito de vício para a Reforma

Importantes inovações foram engendradas na própria definição de defeito oculto. Ao tratar do conceito de vícios na Alemanha, PONTES DE MIRANDA destacava a existência de duas teorias: a *teoria do uso em geral* ou do *conceito objetivo de vício* e a *teoria do uso negocialmente assente* ou do *conceito subjetivo de vício*⁶³.

Segundo a primeira, “só é viciado bem que não tem as qualidades usuais, ou algumas das qualidades usuais, ou alguma qualidade usual, conforme o tráfico”⁶⁴. O jurista destacava que essa teoria tem uso bastante limitado, pois quando duas pessoas acordam sobre o bem objeto da prestação do negócio jurídico, geralmente combinam também alguma qualidade ou utilidade especial, sendo raro apenas mencionarem o bem sem maior especificação.

A teoria mais adequada, portanto, seria a do *uso negocialmente assente*, de acordo com a qual o bem será defeituoso se destoar da utilidade especial ou da qualidade asseguradas no negócio jurídico, segundo a fórmula “com o quê e para quê” (*als was und wofür*). Assim, o bem entregue pode até possuir as qualidades usuais ou comuns daquele que o comprador pretendia, mas se este informou ao vendedor alguma qualidade ou utilidade especial, reputar-se-á

⁶² 1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person.

⁶³ MIRANDA, 1984, Op. Cit., p. 149.

⁶⁴ Ibid., p. 149.

defeituosa a coisa se, após a entrega, se verificar que não as tinha. PONTES DE MIRANDA exemplifica: “quem vende as terras, ‘próprias para gado e com suficiente água’, é responsável por mais do que a pessoa que vendesse terras, sem qualquer caracterização de destino”⁶⁵.

O Direito alemão (§ 434 (1), nº. 1 e 2, BGB) incorporou os conceitos da Diretiva EU 44/1999 (artigo 2ª), trazendo definições em tudo parecidas com a do artigo 35 da CISG, o que revela, mais uma vez, a influência da Convenção na elaboração de ambos os diplomas. O novo sistema combina as duas teorias acima descritas pelo jurista brasileiro em um modelo de distinção em três níveis. Nas palavras de CANARIS:

Em primeiro lugar, a qualidade que os produtos devem apresentar é regida pelo *contrato real* entre as partes. Em segundo, se a qualidade não tiver sido especificada no acordo real entre as partes, os produtos serão considerados defeituosos se não puderem ser usados da forma *implicitamente presumida* no contrato entre as partes. Em terceiro lugar, se não for possível nem mesmo estabelecer qual a forma implicitamente presumida de uso específico dos produtos, eles não apresentarão defeitos se forem adequados para o *uso normal* a que se prestam os produtos congêneres⁶⁶.

Em um primeiro nível, figura algo próximo à teoria do uso negocialmente assente, uma vez que importa o uso estabelecido no *contrato real*, segundo a expressão empregada pelo jurista alemão. No segundo nível, e aqui está uma evolução, possivelmente inspirada na *implied warranty of fitness for a particular purpose* do sistema anglo-saxão, o juiz ou árbitro poderá identificar um uso especial implícito (*implied*) no contrato firmado entre as partes, com base nas circunstâncias e no costume comercial. No terceiro nível está um conceito similar ao da teoria do uso em geral, uma vez que o vício é verificado de acordo com a qualidade usual dos bens da mesma espécie.

Outra alteração promovida no âmbito do conceito diz respeito à equiparação da entrega de bem diferente ao defeito de qualidade (§ 434, 3, BGB). CANARIS observa que a razão dessa alteração está na dificuldade em se definir com certeza a diferença entre a entrega de um produto errado (*aliter*) e a

⁶⁵ Ibid., p. 150.

⁶⁶ CANARIS, 2004, Op. Cit., p. 122.

de um produto defeituoso⁶⁷, lembrando que a equiparação já se tratava de solução adotada pelo Código Comercial (§ 378 do Código Comercial Alemão).

ZIMMERMANN chama a atenção para um problema criado pela equiparação com um exemplo esdrúxulo: “*does this mean that a seller who has promised a Picasso painting and proceeds, in fulfilment of this contract, to deliver a bag of coal must be treated as if he had delivered a defective painting by Picasso[?]*”⁶⁸. A rigor, o caso seria de inadimplemento e a prescrição da pretensão à execução específica seria regulada pelo regime dos §§ 195 e 199,1, BGB, (aplicando-se o critério subjetivo quanto ao início do prazo de prescrição); se a resposta fosse positiva, aplicar-se-ia a prescrição do § 438, 2, BGB, cujo prazo começaria a fluir a partir da entrega, regime muito menos vantajoso para o adquirente.

3. 3. Direito ao novo cumprimento (*supplementary performance*) como direito primário à execução específica da obrigação

A consequência da adoção do modelo de bens não específicos é a possibilidade de aproximar o regime da responsabilidade por inexecução ao da garantia de qualidade. Nos países de jurisdição de *common law*, a responsabilidade contratual faz surgir para a parte lesada pelo inadimplemento, em regra, o direito a ser indenizada pelos prejuízos que sofreu e o direito de rescindir o contrato.

A execução específica da obrigação consiste em hipótese excepcionalíssima nos sistemas jurídicos inglês e americano⁶⁹. Por essa razão, as leis uniformes de compra e venda, geralmente, contém uma disposição que exonera o juiz de aplicar uma disposição contratual relativa à execução específica da obrigação quando o direito doméstico respectivo não a permitir, caso do artigo 28 da CISG⁷⁰.

⁶⁷ No mesmo sentido, ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit. p. 45.

⁶⁸ Ibid., p. 45.

⁶⁹ Nesse sentido, RABEL, Ernst. *A Draft of an International Law of Sales*. The University of Chicago Law Review 5.4, 1938, p. 559.

⁷⁰ Artigo 28: Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

A situação é diametralmente oposta nos sistemas de tradição continental: o direito desses países prima pela execução específica do contrato. Assim, presente o inadimplemento, a parte pode pedir ao juiz que determine o cumprimento forçado da obrigação. Nesse sentido, dispõe o artigo 475 do Código Civil brasileiro: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, *se não preferir exigir-lhe o cumprimento*, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” (grifei). O que se quer dizer, então, com o cumprimento específico da obrigação nos casos de entrega de um defeituoso?

A execução específica da obrigação, nesses casos, traduz-se no direito do comprador de exigir que o vendedor conserte o defeito ou forneça outro bem da mesma espécie, livre de vícios. É o *right to cure* da tradução inglesa do BGB, contido no § 439 (1): “*as cure the buyer may, at his choice, demand that the defect is remedied or a thing free of defects is supplied*”. A introdução desse artigo no BGB implementa o artigo 3º (2) da Diretiva EU 44/1999:

Artigo 3º (2): Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a que a conformidade do bem seja reposta sem encargos, por meio de **reparação** ou de **substituição**, nos termos do n.º 3, a uma redução adequada do preço, ou à rescisão do contrato no que respeita a esse bem, nos termos dos n.ºs 5 e 6. (grifei)

Tecnicamente, essa conformação só é possível porque a entrega de um bem defeituoso se equipara ao inadimplemento da obrigação. Mas o que permite essa equiparação? Afinal, em termos teóricos, o inadimplemento da obrigação é um *ilícito relativo*, isto é, consiste na violação de um *dever jurídico* existente em virtude de uma relação jurídica de natureza pessoal. Indaga-se: possui o vendedor um *dever* de prestar a entrega da coisa *livre de defeitos*?

Antes da Reforma, segundo observa ZIMMERMANN, “*it was argued that the seller of a specific object could only be said to be under an obligation to deliver that specific object. If it turned out to be defective, it was not a case of non-performance*”⁷¹. A origem dessa responsabilidade era o implemento de uma *garantia legal* imposta pelo BGB, e não decorria, como podia parecer, da violação de um dever contratual. Essa formulação muito se assemelha à defendida pela doutrina majoritária no Brasil quanto à natureza jurídica dos

⁷¹ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 23.

vícios redibitórios. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, representativo dessa corrente, sustenta que o fundamento da responsabilidade do vendedor é o *princípio da garantia*⁷².

Assim, em complemento a essa visão, RABEL já destacava que, para os partidários dessa corrente, “*while the duty of delivery carries an action for specific performance, warranty only includes a guaranty and no enforceable promise that the quality should exist*”⁷³. Mas ressalta que o nexo *duty to deliver* – *specific performance* não é uma relação necessária, porque só faz sentido nos países de jurisdição de *civil law*. No sistema norte-americano, as consequências jurídicas da falta de entrega são a possibilidade de rescindir o contrato e de reclamar os prejuízos, e apenas excepcionalmente a de demandar a execução forçada da prestação originária.

O jurista aponta ainda outra possibilidade de se dimensionar a natureza da garantia. Trata-se da consideração de que o dever de entregar e a garantia de qualidade se fundem na mesma ideia: o dever de entregar a coisa livre de defeitos⁷⁴. Mas argumenta que a melhor maneira de caracterizar a garantia é a entendendo como um *dever colateral*, isto é, um dever que se situa *ao lado* do dever principal de entregar a coisa. A consequência dessa doutrina seria a de que o dever de entregar a coisa livre de vícios integraria o próprio contrato, cuja violação consistiria em inadimplemento obrigacional.

Warranty, hence, may be called a collateral obligation, if this means that the duty is added to that of delivery rather than included in the latter. But this does not expel warranty from the orbit of the contract. In delivering the sick horse, the seller has delivered, but he certainly has not fulfilled all of the contract.⁷⁵

A solução adotada pela Reforma para equiparar a responsabilidade decorrente da garantia de qualidade à responsabilidade pelo inadimplemento vai ao encontro da tese sustentada por RABEL. O meio encontrado para aproximar os regimes está na criação de um dever legal do vendedor de providenciar que o bem se encontre livre de vícios, ao lado do dever de prestar a entrega.

⁷² PEREIRA, 2015, Op. Cit., p. 107.

⁷³ RABEL, 1949, Op. Cit., p. 277.

⁷⁴ Ibid., p. 278.

⁷⁵ Ibid., p. 278.

Confira-se a redação do § 433, 1, do BGB: “[b]y a purchase agreement, the seller of a thing is obliged to deliver the thing to the buyer and to procure ownership of the thing for the buyer. The seller must procure the thing for the buyer free from material and legal defects” (grifei). Para Ernst Rabel, a natureza jurídica da garantia é a de um dever contratual, implícito e colateral ao de entregar a coisa. A Reforma torna isso um dever legal explícito.

No mesmo sentido, CANARIS destaca a técnica da aproximação entre os regimes: “a conexão entre a lei de vendas e a lei geral das obrigações foi obtida mediante a formulação de uma obrigação legal explícita do vendedor de entregar mercadorias sem defeito em termos de qualidade e título”⁷⁶. Assim, uma vez que o vendedor está adstrito a respeitar o dever de entregar bens livres de defeitos e este dever é descumprido, surgem na situação jurídica do comprador novos direitos subjetivos em virtude da eficácia própria ao descumprimento, dentro os quais o direito de exigir a execução específica da obrigação.

3. 3. 1. A dupla face do novo cumprimento: dever prestacional e direito à segunda chance do vendedor

Ao direito do comprador à substituição ou reparo do bem corresponde o dever do vendedor de realizar novo cumprimento da obrigação originária. Mas esse dever também tem outra face: a de um direito do vendedor a ter uma *segunda chance* de realizar cumprimento adequado da obrigação (*right to supplementary performance*)⁷⁷. Como visto no item 2 *supra*, a situação do vendedor no Direito anterior era desvantajosa pelo fato de que não tinha o direito de realizar o conserto do bem ou de substituí-lo por outro da mesma qualidade.

O direito do vendedor à segunda chance visa remediar esse problema. Esse direito implica duas possibilidades: o vendedor pode consertar o bem ou fornecer outro livre de vícios, de modo que surge a questão sobre quem deve efetuar a escolha. Tal direito foi alocado na posição jurídica do adquirente (§ 439 (1) BGB), embora seja o alienante quem usualmente detenha maior

⁷⁶ CANARIS, 2004, Op. Cit., p. 121.

⁷⁷ Nesse sentido, NORDMEIER, 2007, Op. Cit., p. 222.

capacidade de avaliar a forma mais efetiva de se realizar o novo cumprimento⁷⁸.

Ademais, cabe ao vendedor as despesas com a nova execução da obrigação (§ 439, 2, BGB)⁷⁹. Parece injusto que o comprador possa escolher um meio de novo cumprimento que seja mais custoso para o vendedor do que outro⁸⁰, uma vez que pouco importaria para o credor qual a forma adotada, na medida em que o vendedor só cumprirá com a obrigação se remover o defeito completamente. Em face dessas considerações, ZIMMERMANN anota que talvez o Direito fosse mais balanceado, nesse ponto, se a opção coubesse ao vendedor.

Acresce que a regra não é apenas pouco equitativa, mas também ineficiente do ponto de vista econômico. A alocação ótima do direito de escolha da forma a ser assumida pelo novo cumprimento seria a atribuição do poder ao vendedor, uma vez que, estando ele obrigado a entregar ao comprador um bem livre de vícios, a posição do comprador não sofreria prejuízo caso qualquer dos meios fosse adotado. Se a escolha coubesse ao vendedor, presumida a racionalidade econômica, ele optaria pela que lhe impusesse um menor custo, maximizando o próprio bem estar.

3. 4. Direitos secundários do comprador

O direito do comprador de exigir um novo cumprimento da obrigação é um direito que se diz primário. O Direito exige e espera que as partes cumpram com as obrigações pactuadas em vista do princípio *pacta sunt servanda*. À situação jurídica do comprador, entretanto, podem ser acrescidos outros direitos por força da eficácia jurídica do incumprimento da outra parte, respeitadas certas condições fáticas e jurídicas: são os direitos secundários à rescisão do contrato, ao ressarcimento dos prejuízos e à redução do preço.

⁷⁸ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 24

⁷⁹ § 439 (2): The seller must bear all expenses required for the purpose of cure, in particular transport, workmen's travel, work and materials costs.

⁸⁰ Caso o meio escolhido pelo devedor seja desproporcionalmente custoso, o devedor pode se recusar a realizar nova prestação (§ 439 (3) BGB). Segundo anota Zimmermann, a despesa pode ser desproporcional em relação à forma alternativa de novo cumprimento (relativamente desproporcional) ou em relação ao interesse geral do comprador no novo cumprimento (absolutamente desproporcional). No primeiro caso, a recusa em prestar segundo o meio indicado pelo comprador não prejudica a pretensão deste em relação ao meio alternativo.

3. 4. 1. Direito de declarar a rescisão do contrato e de redução do preço

O direito de rescisão contratual substitui a antiga ação redibitória e⁸¹ está limitado de um modo particular. O comprador deverá, em regra, estabelecer um prazo suplementar (*Nachfrist*) para que seja substituído ou consertado o bem, cabendo-lhe a respectiva escolha (§ 439, 1, BGB), podendo rescindir o negócio apenas se o vendedor não realizar novo cumprimento no prazo definido (§ 323, 1, BGB). Esse condicionamento visa concretizar o princípio *pacta sunt servanda*:

The new system of remedies [...] reflects a desire to strengthen the principle of *pacta sunt servanda* by keeping the contract going as long as is reasonably possible. If they received non-conforming goods, purchasers are not supposed to terminate the contract immediately, nor to claim damages for non-performance. Thus, the delivery of a defective object can no longer provide a welcome excuse for getting out of a contract that the purchaser has started to regret.⁸²

O direito à redução do preço (substituto da antiga ação *quantum minoris*) está limitado do mesmo modo que o direito de rescisão: o comprador deve definir um prazo adicional para novo cumprimento do vendedor (§ 441, BGB). Tal direito independe da culpa do vendedor⁸³. Se o comprador já pagou mais do que o preço reduzido, o § 441, IV, BGB, atribui-lhe uma pretensão para cobrar a diferença.

Cabe observar, por fim, que ambos os direitos se efetivam mediante declarações unilaterais de vontade. Isso significa que o comprador não precisa promover uma ação para efetivá-los, isto é, se o bem for defeituoso e estipulado, sem sucesso, o prazo suplementar para cumprimento, o comprador pode simplesmente não pagar o preço ou pagar um valor menor, sem que isto signifique inadimplemento de sua parte⁸⁴.

3. 4. 2. Direito de ressarcimento dos danos

⁸¹ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 32.

⁸² Ibid., p. 30.

⁸³ Ibid., p. 39.

⁸⁴ Ibid., p. 39.

Com a Reforma, o vendedor se submete a um risco muito maior de ter que reparar danos. Antes essa responsabilidade era circunscrita aos casos em que uma qualidade expressamente prometida tivesse se revelado inexistente ou em que um defeito houvesse sido ocultado de modo fraudulento. Com a Reforma, a responsabilidade pelos danos passou a ser regida pela lei geral das obrigações.

O direito alemão contempla um complexo sistema em que é possível destacar três tipos de prejuízos: i) dano pela não efetuação da prestação (*in lieu of performance*); ii) danos simples; e iii) danos decorrentes da mora. Em qualquer caso, exige-se a demonstração de culpa do vendedor: § 280, I, BGB: “*If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty*”.

No contexto da discussão sobre defeitos ocultos, os *danos emergentes da não execução da prestação* (§ 281, I BGB)⁸⁵ dizem respeito à entrega de um bem defeituoso sem a realização de novo cumprimento no prazo definido pelo comprador. O vendedor deve ter sido culpado pela violação do dever contratual – o de providenciar que o bem não possuísse defeitos (§ 433, BGB) – nos termos do § 280, I, BGB⁸⁶. O comprador pode exigir que o vendedor pague a diferença entre o valor do bem no estado em que se encontra e o valor que teria caso o contrato tivesse sido cumprido. Pode também devolver o objeto e requerer indenização pelo valor integral da prestação devida⁸⁷.

Os *danos simples* compreendem todos os prejuízos resultantes da entrega de um bem defeituoso que não poderiam ter sido evitados pela concessão de um prazo suplementar para novo cumprimento⁸⁸. A pretensão de reparação dos *danos pelo atraso*, no caso da entrega de um bem defeituoso, tem cabimento na hipótese em que o vendedor não era culpado pela existência

⁸⁵ § 281, (1): To the extent that the obligor does not render performance when it is due or does not render performance as owed, the obligee may, subject to the requirements of section 280 (1), demand damages in lieu of performance, if he has without result set a reasonable period for the obligor for performance or cure. If the obligor has performed only in part, the obligee may demand damages in lieu of complete performance only if he has no interest in the part performance. If the obligor has not rendered performance as owed, the obligee may not demand damages in lieu of performance if the breach of duty is immaterial.

⁸⁶ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 35.

⁸⁷ Ibid., p. 34.

⁸⁸ Ibid., p. 36.

do defeito, mas o atraso na realização do novo cumprimento no prazo suplementar causou prejuízos ao comprador⁸⁹.

4. A alteração dos prazos extintivos

Até aqui, foram vistas duas grandes importantes modificações: a adoção do modelo da venda de bens genéricos no que diz respeito à disciplina da garantia de qualidade, com as respectivas consequências, e a criação de um direito mais abrangente de reparação dos danos causados pela entrega de um bem com defeitos.

Essas alterações estão relacionadas à aproximação da garantia de qualidade com a responsabilidade pela inexecução das obrigações: no primeiro caso, criaram-se direitos à execução específica da obrigação de entregar uma coisa livre de defeitos, por meio da substituição ou reparo do bem; no segundo, a responsabilidade pelos danos passou a ter a mesma estrutura (inclusive, as mesmas regras) nos dois regimes.

Mas os prazos relativos à responsabilidade pela entrega de bem com defeitos continuou a ser regulada por um regime especial, tanto no que diz respeito ao lapso temporal quanto ao modo de determinação do *dies a quo*. O prazo geral foi aumentado para dois anos (§ 438, I, no. 3, BGB), mas permaneceu vigorando o sistema objetivo, isto é, o marco inicial do período consiste na entrega da coisa ao comprador (§ 438, II, BGB).

Esse fato destoa de um objetivo geral da Reforma consistente na harmonização dos prazos de prescrição. Segundo anota CANARIS, a regulação dos prazos prescritivos de todo o Direito Civil foi alterada de modo abrangente, com os objetivos de trazer maior uniformidade e de reduzir, de modo geral, os lapsos temporais do Direito anterior. O meio encontrado para a redução dos períodos foi a adoção do sistema subjetivo, pelo qual o prazo começa a fluir a partir do momento em que o titular do direito tem ou poderia ter tomado conhecimento das circunstâncias da demanda ou da identidade do devedor (§ 199, I, BGB)⁹⁰.

⁸⁹ Ibid., p. 36.

⁹⁰ CANARIS, 2004, Op. Cit., p. 111.

É compreensível que permaneça essa diferença no tocante à prescrição, pontua ZIMMERMANN, uma vez que a responsabilidade pela entrega de um bem defeituoso é objetiva, e os prazos extintivos, consequentemente, tem como finalidade a limitação do risco do vendedor⁹¹. O jurista ressalta, no entanto, ser problemática a extensão do sistema objetivo aos prazos extintivos da pretensão de reparação dos danos causados pela entrega de coisa defeituosa, uma vez que o direito de reclamar os prejuízos pressupõe a culpa do vendedor⁹².

Seção II

O Projeto de Código Comercial e a aproximação com a disciplina da CISG

1. A CISG: breve história de um modelo a seguir

. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos Internacionais de Compra e Venda de Mercadorias (CISG) obteve considerável êxito naquilo a que se propôs, isto é, a harmonização do direito da compra e venda internacional. A Convenção é adotada em 88 países⁹³ e mais de 2.500 decisões publicadas de tribunais estatais e cortes arbitrais de todos os lugares do mundo já a aplicaram⁹⁴. Além disso, seu texto e os precedentes nele baseados são objeto de profícua reflexão acadêmica e doutrinária em âmbito internacional.

Embora tenha entrado em vigor apenas na década de 1980, a ideia de uniformização da disciplina jurídica da compra e venda internacional é muito mais antiga, remontando, pelo menos, aos trabalhos de Ernst Rabel na década de 1920⁹⁵. Dois importantes instrumentos internacionais, ambos de 1964, a antecederam: a Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos Internacionais de

⁹¹ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 43.

⁹² Ibid., p. 43.

⁹³ Segundo consulta realizada em 31/10/2017, no endereço eletrônico da UNCITRAL, disponível em:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

⁹⁴ SCHWENZER, Ingeborg, and HACHEM, Pascal. The CISG—successes and pitfalls. *The American Journal of Comparative Law* 57.2, 2009, p. 458.

⁹⁵ Ibid., p. 459.

Compra e Venda (ULFIS) e Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS).

No entanto, apenas nove países se tornaram estados membros desses tratados, ficando de fora relevantes atores econômicos internacionais, como Estados Unidos e França⁹⁶. Em 1966, foi criada a Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas (UNCITRAL), que se baseou nas duas leis uniformes para elaborar, em 1976, o primeiro esboço da CISG. A Convenção entrou em vigor no dia 1º de Janeiro de 1988, e o Estado Brasileiro a internalizou no ordenamento doméstico apenas em 2014.

Sua importância não se limita à regulação da compra e venda, contrato que é a espinha dorsal das relações econômicas internacionais. Seus institutos e conceitos influenciaram o desenvolvimento do direito da compra e venda em vários níveis: no dos documentos internacionais de harmonização do direito privado (Princípios UNIDROIT e Princípios do Direito Contratual Europeu, por exemplo); no do Direito Regional (Lei Uniforme sobre Contratos da OHADA, organização que abrange 27 estados africanos) e Comunitário (Diretiva EU nº 44/1999, sobre direitos dos consumidores)⁹⁷.

O mais instigante, contudo, é a influência das ideias contidas na Convenção no direito doméstico dos países. É nesse sentido que INGEBORG SCHWENZER e PASCAL HACHEM a consideram um *role model* para a disciplina jurídica da compra e venda⁹⁸. Nos países escandinavos, por exemplo, a CISG não só regula as trocas internacionais, como também influenciou fortemente as leis que regem as vendas realizadas no interior do território. O caso mais emblemático é o da Noruega, que adotou a CISG para regular a compra e venda em nível doméstico e internacional⁹⁹.

Além disso, é desnecessário dizer que a Convenção de Viena influenciou a Reforma do Direito das Obrigações na Alemanha, assunto

⁹⁶ Ibid., p. 459.

⁹⁷ SCHLECHTRIEM, Peter, *Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations* <disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem12.html>>; (acesso em 16.11.2017): A Lei Uniforme sobre Contratos africana foi inspirada nos Princípios UNIDROIT, que por sua vez foram fortemente influenciados pela CISG. A influência da Convenção sobre a Diretiva se faz sentir fortemente no que diz respeito à adoção por esta do conceito de “conformidade dos bens” (*conformity of the goods*).

⁹⁸ SCHWENZER e HACHEM, 2009, Op. Cit., p. 461.

⁹⁹ SCHLECHTRIEM, Op. Cit.

abordado na Seção I deste capítulo. Em face dessas repercussões, sentidas em vários níveis da ordem jurídica global, a CISG parece ter se tornado a *língua franca* no que diz respeito à regulação da compra e venda, seja em nível internacional, em nível regional ou comunitário, ou mesmo em nível doméstico¹⁰⁰.

1.1. O sistema de direitos do comprador no caso de desconformidade das mercadorias

A Convenção de Viena adota o conceito de *conformidade das mercadorias* para definir, *a contrario sensu*, quais são os defeitos que caracterizam uma violação do contrato (*breach of contract*)¹⁰¹. A conformidade deverá ser verificada, em primeiro lugar, em relação ao que dispõe o contrato: artigo 35(1): “O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida”.

Se o contrato não contiver nenhuma disposição quanto à qualidade das mercadorias, a Convenção prevê dois conceitos subsidiários de conformidade. As mercadorias devem ser “adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam”, segundo dispõe o artigo 35(2). Já o artigo 35(3) prevê a hipótese de desconformidade caso as mercadorias não “forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato”.

A desconformidade das mercadorias é o equivalente funcional da CISG tanto do cumprimento defeituoso da prestação (inadimplemento) quanto dos vícios redibitórios. A distinção entre estes institutos (Capítulo I, item 3.2), centrada na ideia de defeitos ocultos e aparentes, tão importante no Direito Civil brasileiro, não tem razão de ser em vista da disciplina da Convenção.

No caso de violação do contrato em virtude da entrega de mercadorias defeituosas, o comprador terá acesso aos seguintes direitos: i) substituição ou conserto da mercadoria (artigo 46(2)(3)); ii) rescisão (*avoidance*) do contrato (artigo 49); iii) redução do preço (artigo 50); e iv) perdas e danos (artigo

¹⁰⁰ SCHLECHTRIEM, Op. Cit.

¹⁰¹ Esta técnica influenciou a Diretiva EU 44/1999 e o novo § 434 do BGB.

45(1)(b), combinado com os artigos 74 a 77¹⁰². A estrutura desse sistema de remédios evidencia que a Convenção não adotou o paradigma da venda de bens específicos.

1.2. O conceito de violação essencial do contrato (*fundamental breach of contract*)

Um conceito elementar para a compreensão do sistema de medidas postas à disposição do comprador é o de *violação essencial do contrato*. Com efeito, o comprador só poderá optar pelos direitos de substituição das mercadorias ou de rescisão caso a conduta do vendedor configure uma violação essencial (46(2) e 49(1)(a), respectivamente). O conceito de violação essencial está positivado no artigo 25:

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte *prejuízo* de tal monta que *substancialmente* a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não *tiver previsto* e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado. (grifei)

Trata-se de um *conceito jurídico indeterminado*, em oposição a uma regra pura e simples, haja vista a presença de termos caracterizados pela vagueza, como “prejuízo”, “privação substancial”, “pessoa razoável” e “previsibilidade”. Cada um desses termos configura um elemento do conceito e também um *standard* para se avaliar, caso a caso, o grau de violação aos termos do contrato¹⁰³.

Para que o comprador possa exigir a substituição das mercadorias, além de ter ocorrido uma violação essencial do contrato, é necessário que ele notifique a existência de defeitos ao vendedor dentro de um prazo razoável, nos termos do artigo 39(1), o qual não poderá, em nenhum caso, *exceder dois anos*, contados a partir do momento em que as mercadorias estiverem sob sua posse – artigo 39(2).

¹⁰² BUTLER, Alisson E., *A Practical Guide to the CISG: Negotiations Through Litigation*, Aspen Publishers, 2007, p. 02.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 12.

A previsão do conceito de violação essencial do contrato visa garantir o princípio *pacta sunt servanda*. Sendo ele uma condicionante para o exercício de direitos pelo comprador, notadamente o de rescisão do vínculo, acaba por operar uma função de estímulo à conservação do contrato. Nesse sentido, FACHIN e RUZYK salientam que “a ênfase do regime instituído pela Convenção está na manutenção do negócio, seja sanando as desconformidades, ou mesmo, quando possível, efetuando-se a substituição dos bens”¹⁰⁴.

1.3. Conserto das mercadorias e direito de reparação dos danos

O direito de conserto das mercadorias (*right to cure*) pertence tanto ao vendedor quanto ao comprador. No primeiro caso, dispõe o artigo 48(1) que o vendedor poderá sanar o descumprimento de suas obrigações, desde que isto não implique demora não razoável. Identifica-se, aqui, o direito do vendedor a uma *segunda chance*. No caso do direito do comprador, a exigência somente não será possível se não for razoável em vista das circunstâncias, nos termos do artigo 46(3).

O direito de reclamar as perdas e danos tem duas peculiaridades importantes: i) o comprador pode não ter direito à indenização de todos os prejuízos, porque a Convenção limita a responsabilidade do vendedor aos danos *previsíveis*; e ii) a responsabilidade do vendedor é objetiva: não há nenhuma exigência quanto à existência de culpa pela conduta lesiva.

2. O Projeto de Código Comercial do Senado (PLS nº 487/2013)

O Projeto de Código Comercial em trâmite no Senado traz uma disciplina da compra e venda assumidamente inspirada pela Convenção de Viena¹⁰⁵. O artigo 436, § 5º, detalha em seus incisos o mesmo conceito de

¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, *Regime de Vícios das Mercadorias na Compra e Venda Mercantil no Projeto de Código Comercial: Análise Comparativa com o Código Civil e com as CISG, Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266.

¹⁰⁵ No relatório apresentado pela Comissão de Juristas encarregada de formular o anteprojeto do Código Comercial, consignou-se que “o Anteprojeto considera, por tudo, conveniente, que a compra e venda mercantil fique sujeita às mesmas regras, tanto no plano interno como no internacional. Tendo em vista este objetivo, incorpora regras que se aproximam, ao máximo,

desconformidade das mercadorias presente no artigo 35 da CISG. Essa técnica promove a fusão dos regimes que governam a entrega de bem com vício aparente e com vício oculto.

O Projeto também abandona o modelo da regulação da venda de bem específico. Em caso de inadimplemento de qualquer das partes, o outro contratante *pode* conceder prazo suplementar razoável para o adimplemento tardio (artigo 436, § 6º). Diferentemente do que ocorre no Direito Civil alemão, o *Nachfrist*, aqui, é uma faculdade do credor. No caso da entrega de um bem com defeitos, por exemplo, o comprador poderá assinar um prazo para que o vendedor providencie o reparo da mercadoria ou a respectiva substituição.

No Direito alemão, a concessão de um prazo suplementar é, em regra, condição indeclinável para que o comprador possa exercer seus direitos secundários. Na CISG, o *Nachfrist* não é obrigatório, mas o direito de declarar o contrato rescindido e o de requerer a substituição das mercadorias condiciona-se à existência de uma *violação essencial* do contrato. O Projeto prevê o direito de declarar o contrato resolvido (artigo 436, § 7º), mas nada dispõe acerca de condicionamentos que visem à manutenção do negócio.

Curiosamente, o Projeto se refere ao conceito de *desconformidade essencial*, mas com sentido diverso de seu cognato presente na CISG. Como visto, a violação essencial é um instituto que, ao dificultar a rescisão do contrato, promove o princípio *pacta sunt servanda*. Já o Projeto, ao se referir à desconformidade essencial (artigo 436, §§ 4º e 5º, incisos I e II), está dispondo acerca do *right to adequate assurance of performance*, instituto do Direito Contratual do *common law*¹⁰⁶.

No tocante aos períodos extintivos, o Projeto prevê, no artigo 436, § 11, que o comprador perde o direito de reclamar contra a desconformidade se não a levar a conhecimento do vendedor no prazo de 10 dias, contados a partir do momento em que descobriu ou deveria ter descoberto a inadequação (sistema subjetivo). Esta regra difere da presente no artigo 39(2) da Convenção, segundo a qual o prazo é de 2 anos, contados a partir do momento em que o comprador adquire a posse das mercadorias (sistema objetivo).

das constantes da CISG, na disciplina deste contrato”. Relatório Final da Comissão de Juristas para Elaboração de Anteprojeto de Código Comercial no Âmbito do Senado Federal, p. 32.

¹⁰⁶ Tal instituto está previsto, por exemplo, no Uniform Commercial Code: § 2-609.

Por fim, o Projeto não limita a responsabilidade pelos danos causados à hipótese de má-fé do vendedor. Além disso, trata da responsabilidade civil do empresário de modo geral, e institui a regra clássica da responsabilidade subjetiva (artigo 397, inciso I). Um dispositivo importante esclarece que o mero inadimplemento não implica dano moral (artigo 399) e outro contempla a controversa possibilidade de o juiz definir *punitive damages*, na hipótese de descumprimento do dever de boa-fé (artigo 400).

Se o objetivo dos juristas integrantes da Comissão incumbida de elaborar o anteprojeto de Código Comercial era unificar os regime da compra e venda mercantil internacional e doméstica, o que se observa é, surpreendentemente, uma diferença fundamental em relação às regras da CISG. Quanto aos direitos do comprador, não há condicionamentos para a redibição do contrato além da existência de desconformidades; no que diz respeito ao direito de reparação de danos, a responsabilidade é subjetiva; relativamente aos prazos, o Projeto adota o sistema subjetivo, sem definir um prazo limite para o descobrimento de defeitos. A única semelhança, no fundo, diz respeito ao conceito de conformidade das mercadorias.

CAPÍTULO III

Propostas e Perspectivas

1. Introdução

O regime da garantia legal de qualidade no Código Civil de 2002 é insatisfatório por três razões. Em primeiro lugar, a legislação pressupõe uma compra e venda de bem específico, daí não permitir outras medidas além da redibição do contrato e da redução do preço em casos de defeitos ocultos. Em segundo lugar, dispõe de um regime de prazos tão curtos que acaba por esvaziar a já deficiente garantia do comprador. Em terceiro lugar, condiciona a possibilidade de os danos sofridos serem reparados à hipótese de má-fé do vendedor.

O sistema atualmente cria um equilíbrio entre os interesses do comprador e do vendedor mediante a imposição de desvantagens para ambos os lados: havendo defeito oculto, o comprador deve torcer para descobri-lo antes do exíguo prazo fatal; mas uma vez que o descubra, surge para o vendedor a ameaça da dura medida da redibição do contrato, não obstante o fato de que pode, geralmente, providenciar o reparo do bem a um baixo custo para si.

Essas três variáveis – modelo da regulação, prazos e reparação dos danos – serviram de fio condutor para a análise empreendida neste trabalho até aqui. E foi assim porque representam os aspectos mais importantes da regulação jurídica da garantia legal de qualidade. Neste terceiro capítulo, tais variáveis serão novamente tematizadas para esboçar as linhas de um modelo que se acredita adequado para fazer face às exigências do presente.

2. O modelo da regulação

A origem das ações redibitória e estimatória é romana, como visto no Capítulo I. Foram concebidas para regular a venda de escravos e animais nos mercados públicos, seres vivos que eram concebidos como objetos específicos e em relação aos quais não se cogitava da possibilidade de reparação dos

respectivos defeitos. Esse acidente histórico reverberou de modo contundente nos sistemas legais dos países que herdaram a tradição jurídica romana, seja pela via do *ius commune*, seja por meio da imposição do direito da metrópole.

Mas o modelo romano apresenta desvantagens para ambos os lados da relação jurídica. De um lado, o comprador interessado no bom estado do produto não poderá exigir do vendedor que providencie o reparo ou a substituição da coisa, embora o direito de redibição lhe garanta boa posição para barganhar tais providências. De outro, o vendedor nada poderá fazer caso tal demanda seja apresentada, ainda que motivada pelo arrependimento do adquirente quanto à compra. E é assim a despeito de importantes princípios jurídicos, como o do *pacta sunt servanda* e o da conservação do negócio jurídico.

A sugestão consiste na mudança do paradigma: da venda de bem específico para a venda de bem não específico, isto é, de coisa passível de ser substituída por outra da mesma espécie e qualidade. Esse giro permite a adoção da doutrina de Ernst Rabel quanto à natureza jurídica da garantia (Capítulo II, Seção I), mediante a formulação legal do dever lateral do vendedor de providenciar que as mercadorias entregues sejam conformes ao contrato, ao uso normal ou a algum uso específico expressa ou implicitamente acordado.

Esta proposta vai ao encontro da importante doutrina civilista brasileira que vê a obrigação como processo¹⁰⁷. Ao tratar da obrigação como totalidade dinâmica e complexa, CLÓVIS DO COUTO E SILVA é enfático ao destacar que o vínculo obrigacional, teleologicamente orientado à satisfação do interesse do credor mediante o adimplemento, não se compõe apenas de deveres principais (como o dever de entregar a coisa), mas também de deveres acessórios: “importa [...] contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação Como Processo*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 20.

¹⁰⁸ Ibid., p. 20. Obrigação como processo significa, nas palavras do autor, o “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”, dando a entender que não basta a realização de apenas uma atividade (a prestação da atividade exigida pelo dever principal), mas também a observância de outros aspectos relevantes, como o dever de boa-fé.

O desrespeito do dever lateral do vendedor, a seu turno, implicaria o descumprimento da obrigação, apto a atrair o regime do inadimplemento contratual. O adquirente teria direito, nesse cenário, à substituição ou reparo do bem (direitos primários), à rescisão do contrato e à redução do preço (direitos secundários). A desvantagem do regime anterior em relação ao vendedor seria contornada por meio da concessão de uma segunda chance mediante a previsão legal de um prazo adicional *obrigatório* para o novo cumprimento da obrigação. Esta é a solução engendrada pela Diretiva EU nº 44/1999 e acolhida pela Reforma do Código Civil alemão.

Em relação aos direitos primários do comprador, esses diplomas definem que as despesas realizadas em virtude do novo cumprimento cabem ao vendedor (veja-se, por exemplo, o § 439, II, do BGB). Afinal, a obrigação é do vendedor e não seria equitativo que o risco do incumprimento fosse transferido ao comprador. Mas o direito de escolher entre os meios disponíveis (substituição ou reparo) é atribuído ao comprador. No Capítulo II (Seção I, item 3. 3. 1), foi visto que essa regra é pouco balanceada e economicamente ineficiente. A solução ótima consistiria na atribuição da escolha ao vendedor.

3. Períodos extintivos

Talvez o problema mais grave da atual conformação da garantia legal de qualidade seja o regime de prazos. Existem duas variáveis importantes no que diz respeito ao regime jurídico dos prazos: o *sistema* de determinação do marco inicial e a duração do *período* de tempo propriamente dito. O sistema pode ser *subjetivo*, quando o período extintivo se inicia a partir do momento em que o titular do direito passa a ter conhecimento da respectiva violação ou da identidade do devedor, ou *objetivo*, aquele em que uma circunstância objetiva determina o início do período. O sistema subjetivo, geralmente, é acompanhado de um lapso temporal objetivo, com a finalidade de evitar a responsabilização do devedor por tempo indeterminado.

O Código combina o sistema objetivo – a tradição da coisa – com períodos extintivos curtos. Trata-se da combinação mais desbalanceada possível: caso não seja negociada uma garantia contratual, as chances de o comprador sofrer prejuízos são relativamente altas, porque o defeito deve ser

descoberto obrigatoriamente dentro de um prazo exíguo. As chances aumentam ainda mais pelo fato de se tratar de defeito oculto, já que vícios aparentes não são objeto de proteção da garantia legal.

Alguém poderia dizer, porém, que prazos menores são uma política acertada. Afinal, é sempre difícil determinar se os defeitos são preexistentes em relação à entrega do bem, ou se surgiram depois, por caso fortuito ou mesmo por culpa do adquirente, sendo, por isso, boa medida a limitação do risco do vendedor ao máximo possível. Ademais, o interesse do vendedor em encerrar os registros da transação, segue a crítica, não deveria ser desconsiderado. Quanto mais rápido morrerem pretensões e direitos potestativos contra si, maior o sossego do vendedor, uma vez que será poupado de manter complexos registros contábeis por longos períodos. ZIMMERMANN é assertivo ao rebater tais considerações:

The second of these arguments is, of course, as valid for the seller of a defective object as it is for any other debtor. While in evaluating the first argument one must keep in mind that it is the purchaser who has to prove that the object was defective at the moment of delivery; thus, the onus is not on the seller to prove the object was free of defects at that time.¹⁰⁹

Vejamos como algumas das legislações examinadas neste trabalho resolvem a questão. O Projeto de Código Comercial adota um prazo exíguo, combinado com o sistema subjetivo, do mesmo modo que o CDC. A CISG adota solução diversa: prazos maiores (dois anos), com termo inicial na data da aquisição da posse das mercadorias pelo comprador (sistema objetivo), solução igualmente adotada no Direito Alemão.

O inconveniente da adoção do sistema subjetivo sem um período limite de natureza objetiva é a insegurança jurídica gerada para o vendedor no tocante ao período de tempo durante o qual permanece responsável pelo surgimento de defeitos. A solução para esse problema no CDC passou pela construção do critério da vida útil do bem. Mas cada bem tem uma vida útil e esta pode ser determinada de modo diferente por cada perito. Além disso, os prazos para reclamar de defeitos tem a finalidade de limitar o risco do vendedor, uma vez que a responsabilidade é objetiva (exceto quanto aos

¹⁰⁹ ZIMMERMANN, 2004, Op. Cit., p. 16.

danos causados). Por esses motivos, a melhor solução consiste na combinação do sistema objetivo com a previsão de prazos razoáveis (de dois a três anos).

4. Reparação de danos

O regime de vícios redibitórios do Código Civil restringe a responsabilidade pelos danos às situações em que o alienante procedeu com má-fé. Esta limitação não é desarrazoada, na medida em que a responsabilidade do vendedor pelos defeitos é objetiva, o que representa importante vantagem para o comprador. Mas não deixa de ser um incentivo a condutas negligentes, cujos resultados danosos não podem ser objeto de reparação.

Assim, a extensão da responsabilidade do vendedor por defeitos se justifica enquanto política de estímulo a condutas diligentes. De todo modo, a responsabilidade deve ser subjetiva, de forma que o adquirente tenha o ônus de demonstrar a culpa do alienante. Essa solução vai ao encontro do Direito Civil alemão e diverge da concebida no sistema da CISG, no qual a responsabilidade é objetiva. Em relação à Convenção de Viena, o *quantum* devido se restringe aos danos previsíveis; esta solução é incompatível com um princípio basilar do Código Civil, o da reparação integral.

Por fim, deve-se evitar o equívoco cometido na Reforma do BGB referente à aplicação do regime de prazos da garantia de qualidade – sistema objetivo – ao direito de reparação de danos causados pela entrega de bem com defeitos. Com efeito, a distribuição equitativa de riscos é o principal objetivo do legislador ao lançar mão de *standards* contratuais (*implied terms of the contract* ou normas supletivas), já que tal técnica tenciona presumir a vontade dos contratantes caso houvessem cogitado da situação conflitiva emergente.

A garantia legal é um caso de norma supletiva, uma vez que só tem lugar se as partes não a afastarem explicitamente. Tratando-se de uma responsabilidade objetiva, isto é, de uma medida que favorece o adquirente pelo fato de ser dispensada a prova da culpa, é importante que o legislador compense essa vantagem com um meio de limitação de riscos para a outra

parte. O mecanismo utilizado pelo legislador alemão foi justamente a adoção do sistema objetivo.

Na responsabilidade pelos danos, por outro lado, o legislador não abandonou a regra da responsabilidade subjetiva, de modo que o mecanismo de distribuição justa dos riscos quanto às pretensões reparatórias já é própria culpa: *“in terms of the approach adopted in German law, it is the fault-requirement that entails an equitable distribution of the risk that the object sold may turn out to be defective”*¹¹⁰. Não havendo base racional para a adoção do sistema objetivo, em um modelo ideal deve-se aplicar o prazo geral de responsabilidade civil, com base no sistema subjetivo¹¹¹.

¹¹⁰ Ibid., p 43.

¹¹¹ Esta foi, segundo relata Zimmermann, a solução adotada pelo BGB austríaco (§ 933a e § 1.489 do ABGB). Ibid., p. 44.

Considerações Finais

A garantia legal de qualidade dos bens objeto de alienação passou por uma série de modificações no curso da história. É possível identificar o primeiro paradigma com a máxima *caveat emptor*, vigente em uma sociedade romana rural e pouco complexa do Período Arcaico, no qual as transações se perfaziam de modo instantâneo e aos olhos do comprador. Esse estado de coisas foi sendo pouco a pouco alterado, com a concepção de novas formas de garantir o interesse do comprador na conformidade das mercadorias, como a *actio ex stipulatu* e a *actio empti*.

Mas foi a obra dos edis curuis que lançou as bases para uma mudança profunda de paradigmas como resposta ao incremento da complexidade da vida em Roma. As ações edilícias forneceram a estrutura de uma garantia contundente; Justiniano, enfim, a generalizou para a venda de qualquer tipo de coisa, consolidando um paradigma adequado às exigências do tráfico jurídico. O modelo do édito foi preservado no *ius commune* medieval, e a Codificação do Direito Civil não introduziu modificações sensíveis na estrutura da garantia concebida em Roma.

A dinamicidade dos tempos industriais, contudo, pressionou as velhas e resilientes estruturas do antiquário romano. A produção em massa de bens e o advento da sociedade de consumo revelaram que o paradigma vigente já não se adequava às exigências sociais. A CISG, o CDC e a Diretiva EU nº 44/1999 abandonaram a tradição romana e partiram da venda de bens não específicos como modelo de regulação, equiparando o regime da garantia de qualidade ao da responsabilidade por inadimplemento e possibilitando que o adquirente se valesse de novos remédios – substituição ou reparo do bem – para além das antigas *actio redhibitoria* e *quantum minoris*.

Os direitos de substituição ou reparo do bem, nesse contexto, são vistos como direitos à execução específica da obrigação. Foi visto que a adoção desse regime, a par de fortalecer a posição do adquirente ao conferir-lhe mais direitos, também aumenta o peso do princípio *pacta sunt servanda* e melhora a condição do vendedor, uma vez que o comprador passa a ser obrigado a

conceder um prazo adicional (*Nachfrist*) para o vendedor realizar novo cumprimento, medida muitas vezes mais oportuna para este do que a rescisão pura e simples da venda.

A mudança de paradigma foi um dos aspectos centrais desenvolvidos neste trabalho. Outros dois dizem respeito ao regime de períodos extintivos e ao direito de reparação de danos. O Código Civil, ao adotar o regime de garantia legal contra vícios redibitórios, estabeleceu exíguos prazos limitativos dos direitos de redibição e redução do preço. Essa circunstância, combinada com a adoção do sistema objetivo de definição do marco inicial do período – a contagem da decadência se dá com a tradição do bem –, contribui para um substancial esmaecimento da garantia. Alegou-se, metaforicamente, e com certo exagero proposital, que esse desenvolvimento representaria um retorno ao paradigma do *caveat emptor*.

A partir desta crítica, sugeriu-se o aumento do prazo em até dois anos, com a permanência do sistema objetivo, com vistas a estabelecer uma justa distribuição dos riscos entre comprador e vendedor. No que diz respeito à reparação de danos, foi proposta a ampliação do conteúdo deste direito, atualmente condicionado à má-fé do alienante. Pela proposta, o *standard* seria reduzido da má-fé (ou dolo) para a culpa simples, com o objetivo de estimular positivamente o respeito pelo alienante ao dever de assegurar a conformidade dos bens alienados.

Talvez seja o caso de reformado Direito Civil e Comercial no Brasil, alinhando-se a legislação a um anunciado terceiro paradigma. Em relação ao Direito Comercial, o legislador já deu os primeiros passos rumo a uma conformação mais moderna da disciplina da compra e venda, mas o projeto ainda carece de ajustes. Muito embora ainda caiba refletir acerca da própria conveniência em se separar o regime que governa as compras civis e empresariais. A unificação do Direito Privado, nesse ponto, possui incontroversas vantagens, de que é exemplo a desejável redução da incerteza quanto à norma aplicável. Basta pensar nos graves problemas de delimitação decorrente do antigo regime dos atos de comércio. Mas este seria assunto para outro trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BESSA, Leonardo Roscoe e MOURA, Walter José Faiad de, *Manual de Direito do Consumidor*, coordenação de Juliana Pereira da Silva, 4ª ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.
- BUTLER, Alisson E., *A Practical Guide to the CISG: Negotiations Through Litigation*, Aspen Publishers, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo Direito das Obrigações na Alemanha*. Revista de Direito Comparado, nº 25, 2004.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação Como Processo*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, *Regime de Vícios das Mercadorias na Compra e Venda Mercantil no Projeto de Código Comercial: Análise Comparativa com o Código Civil e com as CISG, Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2013.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial*. Revista de Direito do Consumidor nº 16, 1995.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, parte geral, V. 1*, 42ª Edição, atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 37, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- NORDMEIER, Carl Friedrich. *O Novo Direito das Obrigações no Código Civil Alemão-A Reforma de 2002*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS 1, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil atual*. Caitlin Mullholland, 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RABEL, Ernst. *A Draft of an International Law of Sales*. The University of Chicago Law Review 5.4, 1938.
- _____. *Nature of Warranty of Quality*. Tul. L. Rev., v. 24, 1949.
- SCHLECHTRIEM, Peter, *Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations* <disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem12.html>
- SCHULTE-NÖLKE, Hans. *The New German Law of Obligations: an Introduction*. Disponível em: <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=357>>.
- SCHWENZER, Ingeborg, and HACHEM, Pascal. "The CISG—successes and pitfalls." *The American Journal of Comparative Law* 57.2, 2009.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Liability for non-conformity: The new system of remedies in German sales law and its historical context*. Irish Jurist, 2004.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Juta and Company Ltd, 1990.